Decus
53

BIBLIOTHECAE
ELECTORALIS
MONACENSIS.
Ch. Wink. del.
Söckler sc. 1779.

Jus. 3567. a.

Rechtliche
Bemerkungen
durch
vorgekommene Fälle
veranlaßt.

Von

D. Christ. Aug. Günther

Hofrath und Professor der Rechte, auch ordentl. Mitgliede des Spruchcollegii in Helmstädt.

Erster Theil.

Helmstädt

bey C. G. Fleckeisen. 1802.

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

Dem

würdigen Vorsteher

des

Helmstädtischen Spruchcollegii

Herrn

Geheimen Justizrath Oeltze

hochachtungsvoll

gewidmet.

Gegenwärtige Aufsätze sind durch meine Beschäftigungen in dem hiesigen Spruchcollegium veranlaßt worden. Ihr Zweck geht dahin, mit Benutzung vorgekommener Fälle, welche bald gutachtlich, bald richterlich zu bearbeiten waren, etwas zur Erläuterung und näheren Bestimmung einzelner Theile der Theorie des Rechts beyzutragen. Zu diesem Zwecke sind in einigen derselben ausgesonderte Fälle nach vorangeschickten kurzen Bemerkungen beurtheilt, in andern einzelne Rechtssätze mit Grundlegung vorgehabter Fälle geprüft und näher entwickelt.

In

In der Hoffnung, daß dieses Unternehmen in seiner Ausführung nicht ohne Nutzen sey, gedenke ich demnächst aus den vorräthigen Materialien eine Fortsetzung zu liefern.

Helmstädt im Jun. 1802.

G.

Inhalt.

Inhalt.

I. Ueber die Natur eines Vermächtnisses, bey welchem auf ein künftiges Alter des Legatar Rücksicht genommen ist. S. 1

II. Vorgebliche Vertragschließung für einen Ungenannten, und deren rechtliche Wirkung. S. 6

III. Anwendung der L. 78. D. de solutionibus auf gestohlne Sachen. S. 10

IV. Besondere Beeinträchtigung eines Lämmer-Zehnten: Verhältniß des Zehntpachters dabey. S. 15

V.

V. Rechtliche Wirkungen einer von den Landesgesetzen wegen der ehelichen Gütergemeinschaft abweichenden Eheberedung. S. 20

VI. Ehescheidungsklage wegen eines späterhin eingesehenen Betrugs. S. 28

VII. Subsidiarische Defectenklage gegen Aufseher kirchlicher Administrationen. S. 32

VIII. Ueber die richterliche Beurtheilung eines unter dem Wiederkaufe verdeckten Wuchers. S. 36

IX. Ueber den Beweis der Aufhebung eines Stadtgesetzes durch entgegengesetzten Gebrauch. S. 47

X. Wer ein Geschäft nach einem ursprünglich fremden Gesetze schließt, ist darin nicht zugleich den an dem fremden Orte geltenden Gewohnheiten unterworfen. S. 56

XI. Ueber den Ort der Schadensberechnung bey Versicherungsgeschäften. S. 62

XII. Untersuchung wegen Brandstiftung in dem eigenen Hause des Angeschuldigten. S. 67

XIII. Bestrafung einer Bigamie des einen Ehegatten, und eines Ehebruchs des andern. S. 82

XIV. Bestrafung eines zum drittenmal begangenen Diebstahls. S. 97

XV. Ueber die Strafe des Pferdediebstahls. S. 111

XVI. Bestrafung uneingestandener Diebstähle, nach einem durch Anzeigen begründeten zusammengesetzten Beweise. S. 140

XVII. Accord der Gläubiger bis auf den Eintritt besserer Vermögensumstände des Verschuldeten. S. 181

XVIII. Ueber die Befugniß einzelner Gemeinheitsglieder, auf Ablegung der Gemeinheitsrechnungen zu dringen. S. 189

XIX. Natürliche Grenzen allgemeiner Geschäftsaufträge. S. 193

XX. Rechtliche Voraussetzung tauglicher Waaren bey einem auf mehrere Quantitäten geschlossenen Lieferungscontracte. S. 206

XXI. Ueber die Abwesenheit sichtbarer Testamentsmängel, zum Gebrauche des Rechtsmittels aus L. vlt. C. de ed. D. Hadr. tollendo. S. 212

XXII. Ueber die zu gemeinschaftlichen Anlagen erforderliche Zustimmung der Theilnehmer oder Interessenten. S. 220

XXIII. Ueber den Umfang einer Bürgschaft, wo von einer bestimmten Cautionssumme die Rede ist. S. 227

Verbes-

Verbesserungen.

S. 37. Z. 10. Unkunde, l. Urkunde. S. 39. Z. 1. Mitverhältniß, l. Mißverhältniß. S. 46. Z. 15. Eidesdilation, l. Eidesdelation. S. 53. Z. 26. erwiesene, l. unerwiesene. S. 150. Z. 7. Den, l. Der. S. 158. Not. g) Z. 1. Art. . l. 159. S. 163. Z. 12. Uebrigen, l. Uebrigens. S. 196. Z. 19. ohne, l. oder ohne. S. 203. Z. 28. dörfe, l. dürfe. S. 208. Z. 14. verweigert, l. verweigerte.

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

I.

Ueber die Natur eines Vermächtnisses, bey welchem auf ein künftiges Alter des Legatar Rücksicht genommen ist.

Wenn Jemanden ein Vermächtniß mit der Voraussetzung, daß er ein gewisses Alter erreichen werde (ex certa aetate), hinterlassen ist; so ist dadurch eine Zeit angegeben, von welcher man nicht weiß, ob sie erfolgen werde, oder nicht. Eine solche Anordnung ist zwar alsdann für bedingt zu achten, wenn das Vermächtniß selbst, aber nicht alsdann, wenn die Leistung desselben auf das Alter gesetzt ist. Daher nehmen die Rechte des Legatar im ersten Falle ihren Anfang nicht eher, als nachdem dieser das angegebene Alter erreicht hat: hingegen treten sie im zweyten Falle sofort mit dem Tode des Erblassers ein. Hiervon ist dann eine nothwendige Folge, daß, wenn der Legatar vor dem Erblasser gestorben ist, dessen Erben zwar nicht im ersten Falle, wohl aber im zweyten das Vermächtniß in Anspruch nehmen können. Welcher von beiden Fällen aber gemeint sey, hängt von der

Bayerische Staatsbibliothek München

Absicht des Erblassers ab, und muß folglich theils aus den gebrauchten Ausdrücken, theils aus andern Umständen abgemessen werden. Im Zweifel ist jedoch zu vermuthen, daß der Erblasser das Vermächtniß durch die Beyfügung des Alters auf eine Suspensiv-Bedingung habe setzen wollen (dies obligationi adiectus), und mithin fällt das Vermächtniß weg, wenn der Legatar vor Eintritt der Zeit stirbt. In dieser Hinsicht sagt Pomponius: a) Si Titio, cum is annorum quatuordecim esset factus, legatum fuerit, et is ante quartum decimum annum decesserit, verum est, ad heredem eius legatum non transire. Dagegen ist bisweilen die Leistung des Vermächtnisses auf die beygefügte ungewisse Zeit gesetzt (dies solutioni adiectus). Eine solche Verfügung lag bey folgendem Rescripte des Alexander Severus b) zum Grunde. Ex his verbis: Do lego Aeliae Seuerinae filiae meae et Secundae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum statum peruenerit, non conditio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Et ideo, si Aelia Seuerina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati

a) *L. 22. pr. D. quando dies legati v. fideic. cedat (XXXVI, 2.)* vergl. *L. 49. §. 1. 2. 3. D. de legat. 1. (XXX.)*

b) *L. 5. C. quando dies legati (VI, 53.)*

gati cedente, vita defuncta eſt, ad heredem ſuum actionem transmiſit; ſcilicet vt ex tempore ſolutio fiat, quo Seuerina, ſi rebus humanis ſubtracta non fuiſſet, vigeſimum quintum annum aetatis impleſſet. Nach gleichen Grundſätzen reſcribirten Severus und Antoninus: c) Si Pontionilla ad eam aetatem peruenerit, cui legatum vel fideicommiſſum relictum erat: petitionem ad heredes transmiſit, licet ante deceſſerit, quam conſequeretur legatum vel fideicommiſſum. Sind aber die Worte des Erblaſſers nicht ausdrücklich dahin gerichtet; ſo iſt der Wille deſſelben nur da von der Leiſtung zu erklären, wo aus beſonderen Verhältniſſen mit Zuverläſſigkeit geſchloſſen werden kann, daß er das Vermächtniß unbedingt habe ausſetzen wollen. Dieſes kömmt insbeſondere vor, wenn der Erblaſſer verordnet hat, daß das Vermächtniß dem Legatar bis zum Eintritt der gewiſſen Zeit verzinſet werden ſolle. Zinſen ſetzen eine Hauptforderung voraus. Kann alſo der Legatar die Verzinſung des Vermächtniſſes ſeit dem Tode des Erblaſſers verlangen, ſo muß auch ſein Recht auf das Vermächtniß ſelbſt mit dem Tode des Erblaſſers eingetreten ſeyn. Daraus folgt aber von ſelbſt, daß, wenn der Legatar vor Eintritt der Zeit ſtirbt,

c) *L. 3. C. eod.* vergl. *Io. Brunnemanni* Commentar. in Cod. h. l.

stirbt, seine Erben die Zinsen des Vermächtnisses, und mit Eintritt der Zeit das Vermächtniß selbst fordern können. So urtheilt Papinian in einem vorgelegten Falle: d) Cum ab heredibus alumno centum dari voluisset testator, eamque pecuniam ad alium transierit, vt in annum vicesimum quintum trientes vsuras eius summae perciperet alumnus, ac post eam aetatem sortem ipsam; intra vicesimum quintum annum eo defuncto, transmissum ad heredem pueri fideicommissum, respondi.

Ein ähnlicher Fall war folgender. Jemand hatte seinem Erben auferlegt: "daß er seiner verstorbenen Schwester Tochter N. bey erlangender deren Majorennität 400 rthl. auskehren, und vermittelst bis dahin derselben jährlich mit 20 rthl. verzinsen sollte." Da die N. minderjährig starb, weigerte sich der Testamentserbe, die jährlichen Zinsen, von ihrem Tode an gerechnet, künftig an ihre Erben zu entrichten, und wurde durch ein eingeholtes Rechtsgutachten in seiner Weigerung noch bestärkt. Er glaubte,

d) *Io. Voetii* Commentar. ad Pand. lib. XXXVI. tit. 2. §. 2. *Ios. Averanii* Interpr. iur. ciu. II, 16. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen, Th. II. §. 912. auch Rechtsgutachten und Entscheidungen, B. I. ad h. t. §. 2. und B. II. Num. 70. B.

glaubte nemlich, das beygefügte Alter mache das Vermächtniß selbst bedingt, und, da die Bedingung der Großjährigkeit nicht eingetreten sey, so habe die N. kein Recht auf die 400 rthl. erworben, folglich auch keines auf ihre Erben fortbringen können, und die Zinsen hätten mit ihrem Tode wegfallen müssen. Allein Inhalt und Fassung ergeben, daß das Vermächtniß selbst unbedingt ausgesetzt war, und daß der Erblasser blos die Auszahlung bis zur Großjährigkeit der N. aufgeschoben wissen wollte. Auskehren heißt so viel, als Auszahlen. Der Erblasser verordnete aber, daß die 400 rthl. an die N. nicht eher, als "bey ihrer Majorennität" ausgezahlt, und bis dahin nur verzinset werden sollten. Er wollte damit so viel sagen: Ich vermache der N. 400 rthl. welche aber mein Erbe erst bey ihrer Majorennität auszahlen, jedoch bis dahin jährlich mit 20 rthl. verzinsen soll. Die N. hatte also das Kapital von 400 rthl. schon mit dem Tode des Erblassers erworben, und es dann, als unbedingt, durch ihren Tod auf ihre Erben übertragen. Dadurch waren aber die Erben berechtigt worden, nicht nur die Auszahlung des Kapitals demnächst mit Eintritt der Zeit, wo die N. großjährig seyn würde, wenn sie noch lebte, sondern immittelst auch die jährlichen Zinsen bis dahin zu fordern. Noch suchte zwar der Testamentserbe selbst auf den Fall, daß das Vermächtniß als unbedingt angesehen werden möchte, der Zinsenzahlung dadurch zu entgehen, daß er sagte, es sey vor-

vorjeẞt kein Verzug vorhanden, weswegen er Zinsen zu entrichten verbunden sey. Allein da die Zinsenforderung nicht auf einen Verzug, sondern auf die klare testamentarische Verfügung gebaut war, so konnte seine Verurtheilung zur Bezahlung durch diese Einwendung nicht aufgehalten werden.

II.

Vorgebliche Vertragschließung für einen Ungenannten, und deren rechtliche Wirkung.

Es geschieht bisweilen, daß Jemand einen Vertrag für einen Ungenannten zu schließen vorgiebt, den er im Ernst für sich selbst schließt. Wäre in jeder einseitigen Simulation bey Verträgen ein Betrug enthalten; a) so könnte in einem solchen Falle der andere Theil, dem die wahre Absicht verborgen worden ist, die Grundsätze vom Dolus ohne Weiteres für sich in Anwendung bringen. Allein schon Ulpian lehret, daß Simulation und Betrug nicht nothwendig beysammen sind: Dolum malum, sagt er, b) Seruius quidem ita definiit, machina-

a) So z. B. *Hellfeld* iurispr. forens. sec. Pandect. ord. §. 302.

b) *L. 1. §. 2. D. de dolo malo* (IV, 3.).

nationem quandam alterius decipiendi caussa, cum aliud simulatur, et aliud agitur. Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, vt quis circumueniatur: posse et sine dolo aliud agi, aliud simulari: sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deseruiant, et tuentur vel sua, vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Und in einer andern Stelle: c) Dolus malus fit calliditate et fallacia: et, vt ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius caussa aliud agitur, et aliud agi simulatur. Es kann also nur derjenige Vertragschließende, der durch die einseitige Simulation des andern Theils hintergangen ist, den Vertrag deshalb anfechten. Er ist aber als hintergangen anzusehen, sobald man annehmen kann, daß er

c) *L. 7. §. 9. D. de pactis* (II, 14.). *Henr. Cocceii* diss. de simulatione (in Exercitatt. disp. 89.) n. 10. u. 11. "Simulatio est mediae naturae, et in se indifferens, potestque non tantum iniustitia carere, sed et vitio ac imperfectione. — Accedit autem simulationi iniustitia, cum fit in detrimentum aut praeiudicium alterius, vel alias contra naturae ciuitatisque leges: nam simulatio, quae fit alterius circumueniendi animo, in verum dolum incidit. Vergl. *Io. Vlr. Cramer* Obss. iur. T. III. obs. 825.

er nicht eingewilligt haben würde, wenn ihm die wahre, aber verborgen gehaltene Lage bekannt gewesen wäre, mithin die vorgefallene Simulation als ein Hinderniß seiner freyen Einwilligung betrachtet werden müsse. Wenn daher dem Vertragschließenden, der für einen Ungenannten zu handeln vorgab, für seine Person kein Hinderniß im Wege steht, und seine Person bey dem Vertrage nicht besonders ausgenommen worden ist; so ist er demnächst in seinem eigenen Namen auf die Erfüllung des Vertrags zu klagen unfehlbar berechtigt. Denn da der andere Vertragschließende ohne Vorbehalt sich mit ihm eingelassen hat; so hat derselbe dadurch zu erkennen gegeben, daß es ihm gleichgültig sey, mit wem er den Vertrag schließe. Die Einrede der Simulation kömmt ihm hierunter nicht zu statten, da seine Einwilligung durch das Vorgeben seines Gegners nicht ausgeschlossen worden ist, und der Wille der Vertragschließenden einer Verabredung das Wesen giebt, nicht das Gewand, in welches diese eingekleidet worden ist. d) Eben deswegen kann derselbe von dem Kläger, wenn dieser nachher sich selbst für den eigentlichen Vertragschließenden erklärt, und dadurch seine wahre Absicht an den Tag legt, keine Legitimation zur Sache verlangen. Auch kann er sich durch das Anführen eines besondern Verhältnisses von seiner Seite, vermöge dessen die Zustimmung eines Dritten

d) *Tit. C. plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur.*

ten in der Person des Vertragschließenden annoch erfordert werde, von seiner Verbindlichkeit nicht befreyen, sobald er den Vertragschließenden mit diesem Verhältnisse vor dem Abschlusse des Vertrags nicht bekannt gemacht hat, sondern er ist, wenn der Vertrag um deswillen, weil der Dritte die Person des Vertragschließenden nicht annehmlich findet, nicht erfüllt werden kann, diesen zu entschädigen verbunden.

A. hatte eine Rathskellerey, welche B. in Pacht hatte, von diesem, angeblich für einen ungenannten Freund, geafterpachtet. Als er auf Erfüllung des Contracts klagte, verlangte B. zuförderst Legitimation zur Sache, weil A. nicht für sich selbst, sondern für einen Andern gepachtet habe. A. erklärte, er habe für sich selbst pachten wollen, und nur vorgegeben, daß es für einen ungenannten Freund geschehe. B. hielt dieses für eine solche Simulation, um derentwillen er den Contract nicht zu erfüllen brauche. Ueberdem behauptete er, das Recht der Afterverpachtung sey ihm von dem Stadtrathe nur mit der Bedingung freygelassen, wenn der Stadtrath gegen den Afterpachter nichts einzuwenden habe, und er habe deswegen den Afterpachter nothwendig kennen und am gehörigen Orte vorstellen müssen. Allein da eine Verstellung von der Art, wie die gegenwärtige, bey Verträgen, namentlich bey dem Kauf- und Pacht-Contracte, weder ungewöhnlich, noch

noch widerrechtlich ist, da B. sich unbedingt mit dem A. eingelassen, und den Contract ohne Vorbehalt, daß ihm der Name des angeblichen Freundes angezeigt werden müsse, völlig eingegangen, auch die Person des A. nicht ausgeschlossen gehabt, so gar zuletzt in einem Briefe sich so, als ob er mit dem B. allein zu thun habe, ausgedruckt, da er überall nicht einmal angeführet, daß er durch die Verstellung des A. irgend einen Schaden erlitten habe, und da er die ihm bey seiner eigenen Pacht wegen des Afterverpachtens gemachte Bedingung gar nicht erwähnt gehabt; so mußte er, Einwendens ungehindert, den After-Pacht-Contract zu erfüllen, oder, wofern der Stadtrath den A. nicht zulassen würde, den B. zu entschädigen angehalten werden.

III.

Anwendung der L. 78. D. de solutionibus auf gestohlne Sachen.

Daß die Vindicationsklage nur auf Individuen, nicht auf Gattungen oder Quantitäten gerichtet werden kann, und daß der Kläger in dieser Hinsicht den Gegenstand seiner Klage znreichend bezeichnen muß,

muß, a) ist eine Folge des strengen Begriffs, welchen das bürgerliche Recht mit dem Eigenthume verbindet. Wenn also Jemand eine Schuld mit fremden Geldern ohne Vorwissen oder Einwilligung ihres Eigenthümers bezahlt hat, so bleibt zwar das Eigenthum der Gelder unverändert, und der Eigenthümer kann dieselben von dem Empfänger vindiciren, so lange sie unvermischt geblieben sind, weil sie noch als einzelne bestimmte Sachen oder Individuen betrachtet werden können, welche der Kläger als die seinigen anzusehen befugt ist: sind aber die Gelder mit den Geldern des Empfängers zusammengeworfen und dergestalt vermischt worden, daß sie sich nicht wieder heraus finden und absondern lassen, so sind sie dadurch Gelder des Empfängers geworden, der sich im guten Glauben befand, und der bisherige Eigenthümer kann diesen nicht mit der Vindicationsklage in Anspruch nehmen, weil er nicht im Stande ist, anzugeben und darzuthun, welche Geldstücken diejenigen sind, die ihm vor der Vermischung zugehört haben; jedoch bleibt ihm unbenommen, sich an denjenigen zu halten, welcher die Gelder an den Empfänger gezahlt hat. Javolen in *L. 78. D. de solution.*

a) *L. 6. §. 1. D. de rei vindicat.* (VI, 1.). Si in rem aliquis agat, debet designare rem: et vtrum totam, an partem et quotam petat: *appellatio enim rei non genus, sed speciem significat.* M. s. J. L. Schmidt von gerichtl. Klagen. §. 432.

lation. (XLVI, 3.) sagt: Si *alieni numi inscio vel inuito domino* soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt. *Si mixti essent, ita vt discerni non possent, eius fieri, qui accepit*, in libris Caii scriptum est: ita vt *actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret.* b) Dabey ist es gleichgültig, ob der Schuldner die fremden Gelder, mit welchen er Zahlung leistete, aus einer rechtmäßigen Ursache im Besitz gehabt hat, oder nicht; und es müssen jene Grundsätze insbesondere auch in dem Falle zur Anwendung kommen, wenn der Dieb eine Schuld mit gestohlnen Geldern bezahlt hat. Denn der Grund, warum der Eigenthümer zwar wegen der noch unvermischt vorhandenen, aber nicht wegen der vermischten Gelder den Empfänger belangen kann, tritt hier ebenfalls ein, und die angeführte Stelle des Juristen läßt ihm die actio furti wider den Bezahler nach.

Eine Dienstmagd hatte ihrem Brodtherrn Geld gestohlen, und von dem Gelde bey einem Kaufmanne nicht nur eine alte nicht unbeträchtliche Waarenrechnung bezahlt, sondern auch von neuem für eine noch weit beträchtlichere Summe Waaren ausgenommen. Der Kaufmann hatte das gezahlte Geld nach seiner Gewohnheit sofort in seinen Geldkasten geworfen, wodurch es mit vielen andern sowohl vorher als nachher eingelaufenen Geldern von gleichen Münzsorten dergestalt vermischt worden war, daß es unmöglich wieder

b) *Leyser* Medit. ad Pand. spec. 528. med. 8.

wieder heraus gefunden und von andern Geldern abgesondert werden konnte. Nachdem der Diebstahl entdeckt war, klagte der Bestohlne gegen den Kaufmann auf Herausgabe des gestohlnen Geldes, und der Beklagte ward, nachdem er in zwey Instanzen zur Herausgabe verurtheilt war, auf ein anderweitig eingelegtes Rechtsmittel in dem erfolgten Erkenntnisse von der Klage entbunden. Der Kläger bezog sich zwar auf die bey der Criminaluntersuchung vorgekommenen Eingeständnisse, und hielt sich vermöge seines Eigenthums, welches durch die von der Diebin geschehene Zahlung auf den Beklagten nicht habe übergehen können, zur Vindication berechtigt. Ueberdem suchte er noch besonders wahrscheinlich zu machen, daß der Beklagte bey der Annahme des Geldes unredlich gehandelt habe, weil er wegen der bisherigen Dürftigkeit der Dienstmagd wohl wissen oder vermuthen können, daß das Geld gestohlen sey; und berufte sich zugleich auf ein Geständniß, welches die Frau des Beklagten in ihrer Aussage bey der Untersuchung des Diebstahls dahin abgelegt habe, "daß es ihnen (ihr und ihrem Manne) allerdings habe verdächtig vorkommen können, woher die Inquisitin so viel Geld bekommen, und warum sie, als eine arme Dienstmagd, auf einmal so viele Waaren ausgenommen habe." Allein der Vindication stand, unter den gegenwärtigen Umständen, vermöge der oben angeführten Stelle, die durch die Vermischung des Geldes mit dem Eigenthume vor-

gegangene Veränderung entgegen. Für die Schuldlosigkeit des Beklagten aber stritt nicht blos die allgemeine rechtliche Vermuthung, sondern insbesondere noch der Umstand, daß schon lange vorher das Gerücht gegangen war, die Magd erhalte von N., in dessen Diensten sie vormals mehrere Jahre gestanden hatte, ein Vermächtniß von mehreren hundert Thalern, das ihr wegen einer eingetretenen Rechtsfrage annoch vorenthalten werde, und daß die Magd selbst bey dem Einkaufe der Waaren gesagt hatte, sie habe das Vermächtniß nunmehr erhalten, und müsse diese Waaren wegen ihrer bevorstehenden Heirath mit einem wohlhabenden Bürger, den sie auch genannt, nothwendig haben. Das angebliche Geständnß liieß sich aus der Aussage der Frau nach ihrem ganzen Zusammenhange nicht ableiten. Denn auf die Frage: "Ob sie nicht gewußt, woher die Inquisitin so viel Geld bekommen, maßen es ihr doch allerdings hätte verdächtig vorkommen müssen, daß eine arme Dienstmagd auf einmal so viele Waaren ausgenommen und gleich baar bezahlt habe?" waren zwar die angeführten Worte zur Antwort erfolgt; aber mit dem Zusatze: "Sie würden sicher der Obrigkeit die Anzeige gemacht haben, wenn nicht die Inquisitin schon oft vorher bey ihnen, so wie bey mehreren, sich hätte verlauten lassen, daß ihr von N., bey dem sie gedienet, vierhundert Thaler vermacht wären, welche sie in P. angelegt gehabt, damals aber zurückausgezahlt erhalten habe." In der That konnte der Beklagte

keines

keines solchen Benehmens, um dessentwillen er für das Geld hätte haften müssen, beschuldigt werden. Denn da Verbrechen überhaupt nicht vermuthet werden, da ein Kaufmann bey dem Anbieten der Kaufgelder in der Regel nicht zu untersuchen braucht, ob dem Käufer das Eigenthum derselben zukomme, und da das, was hier bey der Person der Käuferin hätte Verdacht erwecken können, wegen der angeführten besondern Umstände wegfiel, so konnte man nicht mit dem Kläger behaupten, daß der Beklagte vollkommen verbunden gewesen wäre, vor der Annahme des Geldes sich bey den Testamentserben des N. wegen des Vermächtnisses zu erkundigen, oder gar das Testament sich vorlegen zu lassen. Der Kläger mußte also vielmehr von der Diebin Ersatz des Gestohlnen fordern: er konnte sich deshalb, da die gekauften Waaren noch vorhanden waren, wegen seiner Befriedigung an diese, und, wenn sie unzureichend waren, an die übrigen Sachen der Diebin halten.

IV.

Besondere Beeinträchtigung eines Lämmer-Zehnten: Verhältniß des Zehntpachters dabey.

1. Nicht jeder an sich rechtmäßige Gebrauch des Eigenthums ist auch in jedem Falle bedingt rechtmäßig.

Oft

Oft ist der Eigenthümer durch das vollkommene Recht eines Andern gehindert, gewisse Einrichtungen zu treffen, die ihm sonst zur bessern Nutzung seines Eigenthums frey stehen würden. Diese Beschränkung der natürlichen Freyheit trifft unter andern den Besitzer einer zehntpflichtigen Sache; denn derselbe darf an der Sache nichts unternehmen, wodurch das Recht des Zehntherrn vereitelt würde. a) Ihm steht in Ansehung des Fruchtzehnten nicht frey, ohne Einwilligung des Zehntherrn dem zehntpflichtigen Grundstücke eine zu dessen Nachtheil gereichende Gestalt zu geben, oder ein Gebäude auf demselben zu errichten, oder andere der Zehntabgabe nicht unterworfene Früchte darauf zu ziehen, oder es über die eingeführte Zeit hinaus unbestellt liegen zu lassen. b) Auf gleiche Weise ist in Ansehung des von einem Gute zu beziehenden Viehzehnten jede zum Nachtheil des Zehntrechts gereichende Veranstaltung unerlaubt. Insbesondere kann dieses bey dem aus einer fremden Schäferey zu beziehenden Lämmerzehnten in Betracht kommen. c) Nehmen wir also an,

a) Z. B. *cap. 4, 21. X. de decimis.* Vergl. Spring vom Zehntrecht, Cap. 12. *Behlen* diss. de defraudationibus decimarum, in *A. Schmidt* Thesaur. iur. eccl. T. VII. n. 12.

b) *Pufendorf* Obss. iur. T. II. obs. 157. T. III. obs. 202. §. 4. u. Animadu. T. I. animadu. 74.

c) *Fr. Becmannorum* Consilia et Decis. P. I. dec. XI.

an, daß der Inhaber einer zehntpflichtigen Schäferey wider die Regel selbige allein mit güstem Vieh betreibt, die Schaafe nur so lange, bis sie trächtig sind, daselbst hält, aber nachher zur Zeit des Lammens auf eine andere, ihm ebenfalls zugehörige, aber zehntfreye Schäferey versetzt, so wird das Recht des Zehntherrn durch diese veränderte Benutzungsart der Schäferey offenbar verletzt. Da eine Schäferey ihrer Natur nach zur Schaafzucht bestimmt ist, so kann der Zehntherr von dem Inhaber der zehntpflichtigen Schäferey mit Recht erwarten, daß dieser die Bestimmung derselben nicht verändere, sondern darauf zugleich milchendes Vieh halte und junge Lämmer aufziehe. Der Inhaber muß demnach die zehntpflichtige Schäferey ordnungsmäßig unterhalten, oder, wenn er sie zu seinem Vortheile an einem andern Orte aufzustallen gerathener findet, dem Zehntherrn den dadurch entgehenden Lämmerzehnten, nach Haushaltungs-Verständiger Ermäßigung in Gelde vergüten, weil er die Wirklichkeit der Bedingung hindert, von welcher der Zehnten abhängt.

2. Ist eine zehntbare Sache verpachtet, so kann der Zehntherr den Zehnten bekanntlich von dem Pachter fordern, weil der Zehnten in einer Quote der Früchte besteht, und der Pachter, vermöge seines Pachtverhältnisses, Eigenthümer der Früchte ist. Wenn aber dem Pachter die Zehntpflicht der Sache bey Schließung des Pachtcontracts verschwiegen

worden ist, oder wenn ihm die zur Beziehung der zehntbaren Früchte erforderlichen Anstalten und Einrichtungen nicht geleistet werden, so kann er deshalb den Regreß gegen den Verpachter nehmen.

A. hatte eine fremde Schäferey in Pacht, an welcher dem B. der Lämmerzehnt zustand. Er hielt aber auf der Schäferey kein milchendes, sondern blos güstes Vieh. Wenn nemlich die Schaafe im Sommer dort geweidet hatten, und trächtig geworden waren, versetzte er sie zur Zeit des Lammens auf seine in der Nachbarschaft gelegene eigenthümliche Schäferey, welche zehntfrey war. Sein Verfahren suchte er damit zu vertheidigen, daß er über die Einrichtung seines Haushalts keine Vorschriften von dem B. anzunehmen brauche, sondern die Art und Weise, wie er seine Heerde im Stande erhalten wolle, seiner eignen Willkühr überlassen seyn müsse, daß eine Schäferey ohne milchendes Vieh bestehen könne, wenn von Zeit zu Zeit junges Vieh angekauft, und dadurch der jährliche Abgang ersetzt werde, daß es für ihn weit vortheilhafter sey, wenn er die milchenden Schaafe auf seiner benachbarten eigenthümlichen Schäferey halte, und dem B. dadurch kein wirklicher Schade erwachse, sondern nur ein ohnehin ungewisser Gewinn entgehe, um dessentwillen ihm nicht zugemuthet werden dürfe, seinen Vortheil fahren zu lassen, und daß im dasigen Lande in Rücksicht auf den Fleischzehnten alles auf dem

Her-

Herkommen eines jeden Orts beruhe, folglich B. zuförderst erweisen müsse, wie in dem Lande, und besonders an dem Orte hergebracht sey, daß der Zehntherr vorschreiben dürfe, mit was für Vieh der Zehntpflichtige seine Weiden betreiben, und wie er seine Viehzucht und seine Heerden einrichten solle, wozu auch der besondere Umstand komme, daß an dem Orte weder ein Schaafstall, noch sonst eine Anstalt, um die Schaafe durchzuwintern, vorhanden sey. Allein diese Gründe konnten jenes Verfahren nicht rechtfertigen. Denn obgleich B. ihm die Benutzungsart der Schäferey nicht vorschreiben konnte, so hatte doch derselbe ein Verbietungsrecht gegen eine solche Benutzung, durch welche sein Zehntrecht nothwendig vereitelt werden mußte. Die ungewöhnliche Einrichtung des Viehstandes, welche A. um seines Vortheils willen getroffen hatte, und fernerhin fortsetzen wollte, war aber so beschaffen, daß dem B. der Zehent dadurch gänzlich entzogen wurde. Der Gewinn, welcher ihm dadurch entgieng, war nicht blos zufällig, sondern konnte nach dem Laufe der Natur ordentlicher Weise, obgleich bald in größerm, bald in geringerm Maaße, von ihm erwartet werden. Den Beweis eines Herkommens brauchte A. nicht zu übernehmen, weil es in der Natur der Sache lag, daß B. die gepachtete Schäferey wirthschaftsüblich gebrauchen mußte, und ein entgegengesetzter Gebrauch das ganze Zehntverhältniß aufgehoben haben würde. Was B. von dem Mangel an

Stallung anführte, reichte nicht hin, dem A. den Lämmerzehnten vorzuenthalten. Denn dieser war nicht verbunden, die zur Unterhaltung einer ihm nicht zugehörigen Schäferey erforderlichen Gebäude anzuweisen, sondern er hielt sich wegen seiner Zehntforderung an den B., als dem Pacht-Inhaber der Schäferey: dagegen konnte B., wenn er durch die Schuld seines Verpachters außer Stand gesetzt war, den Zehnten zu leisten, demnächst Entschädigung von dem Verpachter verlangen. Wenn jedoch B. oder dessen Verpachter überall es gerathen fand, die Schäferey an einem andern Orte zu unterhalten; so gebührte auf jede Weise dem A. eine Vergütung wegen des ihm entgehenden Lämmerzehnten, deren Betrag durch Wirthschafts-Verständige nach der Anzahl der zur Schäferey gehörigen Stücke und der ordentlicher Weise davon zu ziehenden Lämmer ausgemittelt werden konnte.

V.

Rechtliche Wirkungen einer von den Landesgesetzen wegen der ehelichen Gütergemeinschaft abweichenden Eheberedung.

Die eheliche Gütergemeinschaft der Deutschen kann bald auf Landesgesetzen oder Landesgewohnheiten, bald auf Verträgen beruhen. In beiden Fällen kann sie

sie nicht allein in Ansehung ihres Umfangs verschieden seyn, indem sie entweder das gesammte, sowohl gegenwärtige als zukünftige, Vermögen betrifft, oder sich auf einen Theil desselben, und zwar bald auf eine Quote, bald auf eine Gattung von Gütern, bald auf die eheliche Errungenschaft einschränkt, sondern es kann auch das Recht selbst, welches durch sie begründet wird, von verschiedener Art seyn, indem es entweder in einem gemeinschaftlichen Eigenthumsrechte, oder nur in einem gemeinschaftlichen Nutzungsrechte besteht: a) und selbst der Zeitpunct, mit welchem die Gemeinschaft eintreten soll, kann auf verschiedene Weise bestimmt seyn. b) Wenn nun die Landesgesetze eine Art von ehelicher Gütergemeinschaft in einer von den genannten Rücksichten festsetzen, ohne selbige schlechthin vorzuschreiben; so können einzelne Eheleute unbedenklich mittelst einer Eheberedung davon abgehen, und eine andere Art derselben

a) Die beiden letztern Gattungen sind namentlich im Herzogthum Oldenburg eingeführt, und zugleich ist daselbst durch Landesgesetze bestimmt, in welchen Districten und Ortschaften die eheliche Gemeinschaft sich auf das Eigenthum, oder auf den Nießbrauch beziehe. M. s. Supplem. Corp. Constit. Oldenburg. III. S. 316. f.

b) Nach einigen particulären Gesetzen tritt die Gemeinschaft erst mit Ablauf eines Jahres, oder erst mit der Geburt eines Kindes ein. Scherer von der ehelichen Gütergemeinschaft, Th. I. §. 32. n. 33.

selben festsetzen. c) Denn durch die Landesgesetze sollte blos bestimmt werden, was in Ermangelung besonderer Verabredungen als Regel anzunehmen sey. Daher giebt alsdann, in vorfallenden Streitigkeiten, die Eheberedung den Ausschlag, und die Rechtsbeständigkeit späterhin getroffener Verfügungen muß lediglich nach denselben beurtheilt werden.

A. hatte bey seiner Verheirathung mit der B. im J. 1760 eine gerichtliche Eheberedung errichtet. Vermöge derselben hatte die Braut ihm ein Bau Landes, und er der Braut eine bestimmte Summe Geldes zugebracht: und am Schluß derselben war unter ihnen festgesetzt worden, "daß sie ihre sämmtliche Haabe und Güter, auch was ihnen sonst noch anerben oder ansterben könnte, sich einander dergestalt zubringen, und eine solche Gemeinschaft der Güter unter sich aufrichten wollten, daß, es möchten Kinder aus dieser Ehe erfolgen, oder nicht, der Längstlebende des Erstverstorbenen wahrer und einiger Erbe, nicht sowohl des Nießbrauchs, als des völligen Eigenthums seyn, und daß, wenn diese Ehe mit Leibesfrüchten würde gesegnet werden, eines von diesen Kindern Erbe des Hauses und der Stätte seyn und bleiben solle." Die Eheleute hatten zwey Söhne, X und Y, mit einander erzeugt. Als die Ehe durch den Tod der Ehefrau B. getrennt worden, hatte A. im J. 1770 sich mit der C. verheirathet.

c) Daselbst §. 57.

thet. Allein er hatte sich bey dem Eintritte in die zweite Ehe nicht zuvor mit den beiden Söhnen erster Ehe abgetheilt, noch seine Illaten zurückgenommen, sondern lebenswierig mit der C. die Aufkünfte der ungetheilten Vermögens-Masse genossen. Mit dieser hatte er ebenfalls einen Sohn Z. erzeugt. Im J. 1787 hatte er ein Testament errichtet, vermöge dessen der jüngere Sohn erster Ehe Y die Bau und sämmtliche Güter zwar als Haupterbe haben, jedoch vor seinem dreyßigsten Lebensjahre nicht antreten, sondern bis dahin die zweite Frau C. die Regierung haben, und demnächst auf der Bau mit Essen und Trinken versorgt werden, auch beym Abzuge 400 rthl. erhalten, nicht weniger der Sohn zweiter Ehe Z. mit dem Sohne erster Ehe X. gleichmäßig abgefunden werden, und etwas Futter von der Bau zu genießen haben sollte.

Nach dem Tode des A. entstanden folgende Fragen: I. "Ob die Eheberedung v. J. 1760 im Betreff der darin festgesetzten Erbfolge des überlebenden Ehegatten, folglich des A., die Erzeugung der Söhne X. und Y. dergestalt verändert worden, daß A. an den von seiner verstorbenen Ehefrau B. herrührenden Gütern blos das Nutzungsrecht auszuüben befugt gewesen?" Diese Veränderung schien nicht allein überhaupt durch den bekannten Rechtssatz: Kinderzeugen bricht Ehestiftung, bewirkt zu seyn, sondern sie konnte noch insbesondere den Grund für

sich

sich haben, weil nach den Landesgesetzen am Wohnorte des A. die eheliche Gütergemeinschaft ohne Unterschied, es mögen Kinder aus der Ehe vorhanden seyn, oder nicht, dahin eingeführt ist, daß dem längstlebenden Gatten nur der Nießbrauch an den gemeinschaftlichen Gütern zustehet. Allein die Regel: Kinderzeugen bricht Ehestiftung, kann bekanntlich nach einer richtigen Erklärung, in Rücksicht auf die verabredete Erbfolge der Ehegatten, nur alsdann angewendet werden, wenn in der Eheberedung die Kinder, die in der Ehe erzeugt werden könnten, gar nicht bedacht worden sind, weil vermuthet werden muß, daß die Ehegatten die Gültigkeit der Eheberedung nur auf den Fall haben einschränken wollen, wenn keine Kinder aus der Ehe erzeugt würden: hingegen macht Kinderzeugen in dem Falle, wenn auf die künftig zu erzeugenden Kinder ausdrücklich Rücksicht genommen worden, die Ehestiftung nicht ungültig, so lange der den Kindern gebührende Pflichttheil nicht verletzt ist, weil die Kinder, außer in Absicht des Pflichttheils, nicht befugt sind, das Recht der Eltern, über ihr Vermögen zu disponiren, einzuschränken. d) Demnach konnte jenes Rechtsspruchwort hier gar nicht zur Anwendung gebracht werden.

d) *Io. Fr. Eisenhart* diss. de pactis dotalibus ob superuenientiam liberorum haud tollendis, §. 28. sqq. in Opusc. p. 269. Vergl. Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern, N. Ausg. S. 147. Note 1.

werden. Denn in der Eheberedung vom J. 1760 waren die Kinder, folglich gegenwärtig die Söhne X. und Y., nicht mit Stillschweigen übergangen, sondern es war ausdrücklich festgesetzt, daß auch in dem Falle, wenn Kinder vorhanden wären, der überlebende Gatte den verstorbenen nicht blos im Nießbrauche, sondern auch im Eigenthume beerben sollte. Dieses konnte aber, nach der Natur der ehelichen Gütergemeinschaft, e) nicht anders erklärt werden, als daß der überlebende Ehegatte das Eigenthum, welches er mit dem verstorbenen in Gemeinschaft gehabt hatte, nun auch mit den Kindern fortsetzen sollte. Unter diesen Umständen stand die Verfügung des Landesgesetzes nicht entgegen. Denn dieses setzte zwar die Regel fest, daß der überlebende Gatte nur den lebenswierigen Nießbrauch haben sollte; aber die Anwendung dieser Regel fand hier um deswillen nicht Statt, weil die Gütergemeinschaft in der Eheberedung ganz deutlich nicht auf den bloßen Nießbrauch, sondern auf das völlige Eigenthum gesetzt war. Demnach war die Eheberedung v. J. 1760 nicht für abgeändert zu achten, und A. hatte, nach dem Tode seiner ersten Frau B., das Eigenthum an den von ihr hergekommenen Gütern, in

e) Lange von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten, Cap. VIII. *G. L. Boehmer* de iuribus et obligat. coniugis superstitis ex communione bonorum, (Elect. iur. ciu. T. III. ex. 17.) §. 17.

in Gemeinschaft mit den Kindern erster Ehe X. und Y. fortgesetzt. — II. "Ob A. das Recht, über seine Illaten zu disponiren, dadurch verlohren habe, daß er selbige theils in der Ehestiftung zum gemeinschaftlichen Eigenthume bestimmt, theils bey der zweiten Heirath aus den von seiner verstorbenen Ehefrau B. hergekommenen Gütern nicht abgefodert, sondern lebenswierig in ungetheilten Gütern geblieben, und die Nutzungen von den Gütern der B. bezogen?" Allerdings war A. nicht weiter berechtigt, über seine Illaten zu disponiren. Denn durch die mit der B. in der Ehestiftung errichtete Gemeinschaft des Eigenthums hatten seine Illaten ihre ursprüngliche Natur verlohren, und waren mit den Gütern der B. in eine Masse zusammengeschmolzen. f) Nach dem Tode der B. war die Gemeinschaft zwischen A. und den beiden Kindern fortgesetzt worden. Der Zeitpunct, da A. in die zweite Ehe trat, war derjenige, wo er das Alleineigenthum seiner Illaten wieder erlangen konnte, wenn er, wie er sowohl berechtigt als verbunden gewesen, g) mit den Kindern erster Ehe abgetheilt, und selbige zurückgefodert hätte. Allein da dieses nicht geschehen war, so war auch die Gemeinschaft des Eigenthums unverändert geblieben. Es liegt aber sowohl in der Natur gemeinschaftlicher Güter überhaupt, als insbesondere in dem Begriff der

f) Lange a. a. O. S. 245. *Boehmer* l. c. §. 27.

g) Scherer a. a. O. §. 147.

der ehelichen Gütergemeinschaft, daß kein Miteigenthümer, folglich auch kein Ehegatte einseitige Verfügungen über einige in der Gemeinschaft befindliche Güter zu treffen befugt ist, indem das ungetheilte Eigenthum sich auf das Ganze erstreckt, und folglich keiner sich eine ausschließliche Disposition über einzelne Güter anmaßen darf. III. "Ob das Testament des A., so weit es die Güter erster Ehe betrifft, für rechtsbeständig zu achten, oder ob die zweite Ehefrau jetzt, nach dem Tode des A., den Kindern erster Ehe die Bau nebst den seit des Mannes Tode davon bezogenen Nutzungen abtreten, die ihr im Testamente ausgesetzten Vortheile fallen lassen, und mit ihren Illaten, so wie ihr Sohn Z. mit dem dritten Theile des auszufindenden väterlichen Nachlasses, sich begnügen müsse?" Die Antwort auf diese Frage ergiebt sich aus dem Vorhergehenden von selbst. Da das Testament mit der bis zum Tode des A. unverändert gebliebenen Gemeinschaft des Vermögens im geraden Widerspruche stand, so konnte es, als eine einseitige letzte Willensverordnung nicht für rechtsbeständig gehalten werden, und es konnten durch dasselbe weder die den beiden Söhnen erster Ehe vermöge der Gütergemeinschaft zukommenden Rechte geschmälert, noch der zweiten Ehefrau und dem mit ihr erzeugten Sohne besondere Vortheile zugewendet werden. h)

h) *Io. Balth. Wernher* Obss. for. T. III. P. I. obs. 99. *Boehmer* l. c. §. 23. 24. Lange a. a. O. S. 178. f.

VI.

VI.

Ehescheidungsklage wegen eines erst späterhin eingesehenen Betrugs.

Obgleich der Mann, dessen Frau bald nach Eingehung der Ehe ein Kind zur Welt bringt, das nach Zeit und Umständen nicht von ihm erzeugt seyn kann, wegen des durch betrügerisches Verschweigen derselben veranlaßten wesentlichen Irrthums auf Annullation der Ehe zu klagen berechtigt ist; so findet doch die Klage nicht weiter Statt, sobald er nach jenem Vorgange die für ihn an sich nichtige Ehe ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Die stillschweigende Genehmigung geschieht durch solche Handlungen, aus welchen die Absicht, die erlittene Beleidigung zu verzeihen und die Ehe fortzusetzen, ganz unzweideutig hervorgehet, wohin vornemlich der Beyschlaf gerechnet werden muß. Soll aber das Benehmen des Mannes diese Wirkung haben; so muß er gewußt haben, daß ihm das Klagerecht zustehe, und dennoch die Frau als seine Gattin behandelt und erkannt haben. a) Denn wenn er aus Unkunde seines Rechts gehandelt hat, so kann solches wegen Mangel der erforderlichen freyen Einwilligung, den Verlust desselben nicht nach sich ziehen, weil sein Irrthum auf diese Weise noch nicht aufgehört hat, und die Aufgebung eines unbekannten Rechts sich

a) A. F. Schott Eherecht, §. 90. u. 91.

sich nicht denken läßt. Eine solche ihm unnachtheilige Unkunde ist namentlich alsdann möglich, wenn die Niederkunft der Frau mit einem lebendigen, völlig ausgebildeten, und zur Fortsetzung des Lebens fähigen Kinde noch vor dem siebenten Monate erfolgt ist, mithin zu einer Zeit, wo nach bekannten Erfahrungen und darauf gebauten Gesetzen noch kein solches eheliches Kind hat gebohren werden können. b) Ist der Mann mit diesen Erfahrungen und Gesetzen unbekannt gewesen, so sind seine Handlungen aus einer schuldlosen Unwissenheit entstanden, weil er den Betrug nicht geahnet hat. Sein Benehmen kann ihm daher nicht zum Nachtheile gereichen, und wenn er in der Folge über das, was ihm bisher unbekannt gewesen, belehret worden ist, bleibt ihm die Nullitätsklage zu erheben unbenommen.

Die Frau des Handwerkers K., welche geständlich vor Vollziehung der Ehe mit ihrem Manne nie zu thun gehabt hatte, war im sechsten Monate der Ehe

b) *L. 12. D. de statu hom.* (I, 4.). *Septimo mense* nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis. "Et ideo *credendnm* est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse." Vergl. *L. 3. §. 11. D. de suis et legit. hered.* (XXVIII, 16.) Diese gemeinrechtliche Bestimmung ist in manchen Ländern (z. B. in Chursachsen mittelst Rescr. v. 1635. im Cod. Aug. T. I. p. 1035.) ausdrücklich gebilligt.

Ehe mit einem völlig ausgetragenen Kinde niedergekommen. Der Mann, der in seinem Gewerbe auf einige Zeit sich an einem entfernten Orte aufgehalten hatte, war durch eine Frauensperson E. von der Niederkunft seiner Frau zwar benachrichtigt worden, jedoch ohne Angabe des Geburtstages, und mit dem unwahren Zusatze, daß das Kind schwächlich, und die Frau selbst sehr elend sey. Da er nichts Uebles bey der Sache geahnet, hatte er bey seiner Rückkunft das Kind wie das seinige behandelt, und der Frau nach wie vor ehelich beygewohnet. Nachdem er aber in der Folge erfahren hatte, daß das Kind bey seiner Geburt völlig ausgetragen gewesen sey, und durch mehrere Personen belehrt worden war, wie es nach dem Laufe der Natur unmöglich sey, und gegen die in den Gesetzen angenommenen Grundsätze streite, daß das Kind von ihm erzeugt seyn könne, indem es schon im sechsten Monate gebohren sey, erhob er die Klage auf die Trennung der Ehe, und führte in derselben an, "daß die Natur bekanntlich im ordentlichen Gange neun Monate von der Empfängniß bis zu der Geburt eines Kindes Zeit nehme," und, "daß er früher geklagt haben würde, wenn er früher so bündige Beweise von der Unmöglichkeit eines sechsmonatlichen voll ausgewachsenen Kindes gehabt hätte." Die Frau erklärte die Klage unter allen Umständen für unzulässig, weil der Mann nach seiner Rückkunft, ohne im mindesten weitere Erkundigungen einzuziehen, sowohl das Kind väterlich behandelt,

handelt, als die eheliche Beywohnung mit ihr fortgesetzt habe, und dieses Benehmen keine andere Deutung zulasse, als daß er ihr den etwaigen Fehltritt vergeben wollen. Allein der Mann suchte sein Betragen lediglich aus Unkunde zu erklären, und berufte sich noch darauf, daß die von der C. ihm gemeldeten Umstände vollends allen Verdacht in ihm zurückgehalten hätten, weshalb er zu der angeblichen nähern Erkundigung nicht verbunden gewesen sey, so lange er wegen gänzlicher Unwissenheit keinen Argwohn eines Betrugs habe schöpfen können. Er behauptete also, daß das bloße Stillschweigen und der lange Aufschub der Klage weder als eine Folge seiner Ueberzeugung, noch als ein Zeichen seiner Verzeihung betrachtet werden dürfe. Unter diesen Umständen beruhte der Klagegrund einzig auf der Richtigkeit der vorgegebenen Unkunde, welche nicht anders, als durch einen Eid ausgemittelt werden konnte. Dieser war dem Kläger bereits dahin auferlegt worden, "daß er der zur Bildung eines vollkommenen Kindes im Mutterleibe nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur erforderlichen Zeit wirklich unkundig gewesen sey, und nach davon erhaltener Wissenschaft die Beklagte nicht als seine Ehefrau, das von derselben zur Welt gebrachte Kind auch nicht als das seinige erkannt habe." Da jedoch die Eidesformel leicht also gedeutet werden konnte, als ob er schwören sollte, daß ihm die ordentliche Zeit der Schwangerschaft unbekannt gewesen sey, welches gegen sein eigenes Geständniß

gestritten hätte, und da eine noch in der Submissionsschrift vorgekommene unbestimmte Aeußerung, "daß er mit den Gesetzen der Natur unbekannt gewesen sey," in Gemäßheit der Klage auf die kürzeste Zeit der Geburt eingeschränkt werden mußte; so ward, auf ein von ihm deshalb eingewendetes Rechtsmittel, die Formel dahin abgeändert, "daß er nicht eher gewußt, daß ein vollkommnes Kind nicht schon im sechsten Monate der Schwangerschaft gebohren werden könne, als bis er von andern Personen darüber belehrt worden sey, und dann von der Zeit an, wo er solches erfahren gehabt, die Beklagte nicht weiter als seine Frau, und das Kind nicht als das seinige anerkannt habe," — und es wurde dadurch die Entscheidung der Hauptsache von der Ableistung dieses Eides abhängig gemacht.

VII.

Subsidiarische Defecten-Klage gegen Aufseher kirchlicher Administrationen.

Daß die Obervormünder den Pflegbefohlnen für die durch die Vormünder erlittene Schäden im Nothfall einstehen müssen, so weit sie selbst den erforderlichen Grad des Fleißes dabey verabsäumt haben, ist der allgemeinen Verbindlichkeit zur Entschädigung, welche jedem Aufseher über eine Administration wegen

began-

begangener Nachlässigkeit in solchen Fällen obliegt, als besonders den im Römischen Rechte von der subsidiarischen Vormundschaftsklage gegen die Obrigkeit aufgestellten Grundsätzen gemäß. a) Was aber von der Sicherung der unter vormundschaftlicher Verwaltung stehenden Güter und von deren Verabsäumung gilt, findet auch bey kirchlichen Gütern und Einkünften Statt, und zwar desto unbedenklicher, da das Canonisch-päpstliche Recht den Kirchen und frommen Stiftungen die Rechte der Minderjährigen beylegt, und die Verwalter ihres Vermögens den Vormündern gleich achtet. b) Sobald daher Jemand mit einem Verwalter kirchlicher Güter oder Einnehmer kirchlicher Einkünfte in einem solchen Verhältniß steht, daß er gleichsam als dessen Obervormund anzusehen ist, so tritt auch dieselbe Verantwortlichkeit in Ansehung der Handlungen des letztern ein, weil ihm alsdann dieselbe Sorge für die Sicherheit und nützliche Verwaltung der Güter und Ein-

a) *Tit. Dig. et Cod. de magistratibus conuenien-dis.* In Ansehung des Streits über die Natur und Anwendbarkeit der Klage wird es hier genug seyn, auf *Gebaueri* diss. de actione tutelae adv. magistratus (Lips. 1726. u. in Exerc. acad. T. I.) cap. II. und *Kindii* Quaest. forens. (Lips. 1792.) T. I. c. 14. zu verweisen.

b) *cap. 3. X. de restitut. in integr.* und *Clem. 2. de religios. domibus.*

Einkünfte obgelegen hat. Gesetzt, er hat entweder bey der Anstellung des Verwalters, es sey durch Auswahl eines offenbar untüchtigen Subjects, oder durch Unterlassung der erforderlichen Cautions-Auflage geschehen, oder auch während der Verwaltungszeit, durch unterbliebene Abforderung der abzulegenden Rechnungen, oder auf andere Weise, eine nicht geringe Nachlässigkeit begangen, so muß er für das, was die Kasse an demselben zu fodern hat, und von demselben oder dessen Erben nicht erlangen kann, unfehlbar haften. Das Canonisch-päpstliche Recht verlangt von dem Verwalter ausdrücklich, daß er, wie ein Vormund oder Curator, einen Amtseid ableisten, ein Inventarium verfertigen, und jährlich Rechnung an seinen Obern, oder dessen Abgeordneten, ablegen soll. c) Der Aufseher und Vorgesetzte muß also dafür sorgen, daß diese Obliegenheiten erfüllt werden, und im entgegengesetzten Falle die verursachten Schäden subsidiarisch vergüten. Ist derselbe bereits verstorben, so können seine Erben, vermöge ihres Eintritts in die Entschädigungs-Verbind-

c) *Clem. 2. §. 1. cit.* — Illis etiam, quibus dictorum locorum (piorum) gubernatio seu administratio committetur, *ad instar tutorum et curatorum* iuramentum praestare, ac de ipsorum locorum bonis inuentaria conficere, et Ordinariis, seu aliis, quibus subsunt loca huiusmodi, vel deputandis ab eis, *annis singulis* de administratione sua teneantur *rationes reddere*.

bindlichkeit ihres Erblassers, auf eben die Weise, wie die Erben der Vormünder, deshalb in Anspruch genommen werden.

Bey der Stiftskirche zu H. befindet sich ein Register, aus welchem armen Schulkindern Brodt, Kleidung und andere Bedürfnisse gereicht werden. Der zeitige Scholaster hat das Recht, einen Receptor darüber anzustellen, welcher Einnahme und Ausgabe besorgt. Eben derselbe hat die Oberaufsicht über das Register, und die Rechnungen werden vor ihm allein abgelegt. Er muß daher sorgen, daß der Receptor jährlich die Register ablege, und den Ueberschuß abliefere, damit solcher zum Besten der armen Kinder zinsbar angelegt werden könne. Der verstorbene Scholaster v. A. hatte den M. zum Receptor ernannt, aber weder für einige Caution gesorgt, noch ihn seit vielen Jahren Rechnung ablegen lassen. Bey dem Tode des M. fand sich, daß derselbe dem Register viel schuldig geblieben war, welches aus seinem Nachlaß nicht ersetzt werden konnte. Es konnten daher jetzt die Erben des Scholasters auf Ersatz der Rückstände mit Recht in Anspruch genommen werden. Mit dem Amte eines Scholasters, das in einzelnen Stiftern manche im Canonischen Rechte nicht ausdrücklich benannte Functionen in sich begreift, war hier die Aufsicht über eine mit der ursprünglichen Bestimmung jener Präbende ohnehin in einer nicht sehr entfernten Verbin-

dung stehende Anstalt verknüpft. Vielleicht hatte der Scholaster ursprünglich die Register selbst geführt, so daß der in der Folge angestellte Receptor nur als dessen Stellvertreter zu betrachten war, wie ehedem der Unterricht in der Stiftsschule (schola canonicorum) gemeiniglich von ihm selbst, und erst in den folgenden Zeiten durch andere von ihm angestellte und seiner Aufsicht unterworfene Lehrer, ertheilt wurde. d) Daß der Scholaster weder für die Defecte in der Administration zu haften sich verbindlich gemacht, noch von den entgangenen Summen einigen Gewinn gezogen hatte, konnte ihn von der Verbindlichkeit zum Ersatz nicht befreyen, da der Receptor von ihm angestellt war, und vor ihm allein jährlich Rechnung hätte ablegen, auch den Ueberschuß an ihn abliefern müssen, und folglich gegen ihn in dem Verhältniß eines Vormundes gegen seine Obervormundschaft gestanden hatte.

VIII.

Ueber die richterliche Beurtheilung eines unter dem Wiederkaufe verdeckten Wuchers.

So einleuchtend der Unterschied zwischen dem Verkaufe einer Sache auf Wiederkauf und der anti-

d) *Floerke* Comm. de canonici scholastici nomine, origine, officio, dignitate et praebenda, (Goth. 1737.) §. 18. 23. 24.

antichretischen Verpfändung derselben nach den eingeführten Grundsätzen des Römischen Rechts ist; a) so werden doch beide Geschäfte nicht selten in Contracts-Urkunden, meist absichtlich, mit einander verwechselt, oder dermaßen zusammen gestellt, daß in der Folge Streit darüber entsteht, wie der Inhalt der Urkunde zu beurtheilen sey. Dieses kommt am meisten alsdann in Betracht, wenn ein Theil behauptet, daß in dem Geschäfte, über welches die Urkunde ausgestellt ist, ein verbotener Zinsenwucher verborgen liege, welches der andere Theil in Abrede nimmt. Je leichter es nemlich ist, und unter die gewöhnlichen Kunstgriffe gewinnsüchtiger Gläubiger gehört, den Wucher unter dem Deckmantel eines Wiederkaufs zu verbergen; desto mehr liegt daran, das wahre Geschäft an das Licht zu ziehen, und nach dessen eigenthümlichen Natur den Grund oder Ungrund der von dem Kläger aufgestellten Ansprüche zu bestimmen. b) Wer baares Geld braucht, sucht

a) Schon *Matth. Berlich* in Concluſ. practic. P. II. concl. 1. stellt die Differenzen auf, aber vervielfältigt sie unnöthiger Weise. Besser handelt *Chr. Thomasius* diſſ. de vſu practico adcuratae diſtinctionis inter emtionem cum pacto de retrouendendo et contractum pignoratitium, in Diſſertatt. acad. (Hal. 1776.) Tom. III. diſſ. 77. davon.

b) Beyspiele bey *Leyſer* Meditatt. ad Pandect. ſp. 158. med. 5. 6. ſp. 191. med. 10. ſp. 247. med. 5.

sucht dasselbe durch ein Anlehn zu erlangen. Der Gläubiger ist zum Darleihen bereit, aber er verlangt nicht allein Sicherheit, sondern auch Zinsen zur Entschädigung für den zu entbehrenden Genuß des Geldes. Der Schuldner will ihm zur Sicherheit eine Sache als Unterpfand geben, und anstatt der Zinsen die Nutzung der Sache überlassen. Der Gläubiger nimmt zwar das Anerbieten an, fürchtet aber das Wucherverbot, weil er weiß, daß der Ertrag der Nutzungen das Quantum der gesetzmäßigen Zinsen übersteigt. Er will also lieber die Sache für einen gewissen Preiß käuflich übernehmen, und verspricht sie dem Schuldner demnächst insgemein bald nach Ablauf einer kurzen Zeit, bald für einen höhern Preiß wieder zu verkaufen. Der Schuldner, der in Noth ist, geht den vorgeschlagenen Contract mit ihm ein, und übersieht den Ueberschuß der Nutzungen, weil er die Aussicht behält, die Sache einst wieder zu erwerben. In dieser Lage wird eine Urkunde über das Geschäft ausgefertigt, welche gemeiniglich der Gläubiger entwirft. In der Urkunde wird entweder das Anlehn und die antichretische Verpfändung gar nicht erwähnt, oder die Ausdrücke: Anlehn und Verkauf, Verpfändung und Wiederkauf, wechseln dergestalt mit einander ab, daß der wiederkäufliche Verkauf überall hervorsticht, und als das wahre Geschäft dargestellt wird. Allein indem in der Folge der Schuldner gegen Bezahlung der Schuld sich die Sache wieder zu verschaffen sucht, will er

zugleich

zugleich das Mitverhältniß der Nutzungen, welche der Gläubiger während seines Besitzes von derselben gezogen hat, gegen den Betrag der gesetzmäßigen Zinsen zur Sprache bringen, und den Ueberschuß vom Kapitale abziehen. Der Gläubiger will hingegen nichts von einer Verpfändung wissen, sondern als vormaliger Käufer der Sache beurtheilt seyn, die er gegenwärtig an seinen Verkäufer vertragsmäßig wieder zu überlassen bereit sey, und beruft sich auf die Contracts-Urkunde, welche allein, oder doch hauptsächlich, von einem Verkaufe auf Wiederkauf rede. Unter solchen Umständen soll der Richter bestimmen, ob der angebliche Kauf das wahre von den Vertragschließenden beabsichtigte Geschäft, oder nur ein zur Verdeckung desselben abzweckender Scheinhandel sey. c) Denn nur das, was im Ernst verabredet worden, und von dem Aussteller der Urkunde gemeint gewesen, nicht das, was aus Verstellung in derselben angegeben ist, kann bey der Entscheidung von ihm berücksichtigt werden. Hierüber giebt zunächst 1) die Geschichte des Geschäfts die beste Auskunft. In dieser Hinsicht muß der Richter sowohl aus der Veranlassung des Geschäfts, aus den besondern Verhältnissen der Parteyen, und aus den der Abschließung vorangegangenen Verhandlungen, als aus dem nachherigen Benehmen beider Theile, die wahre Absicht der Geschäftsschließung abzuleiten suchen.

c) Was *Thomasius* a. a. O. cap. IV. §. 10. hierüber hat, ist unbefriedigend.

suchen. Kann diese auf dem angegebenen Wege nicht aufgefunden werden, so muß er 2) zu den Vermuthungen übergehen, welche die einzelnen in der Urkunde vorkommenden Bestimmungen des Vertrags an die Hand geben. Auf diese Art kann oft schon aus dem zwischen dem Kaufe und Wiederkaufe bedungenen längeren oder kürzeren Zeitraume beurtheilt werden, ob das Geschäft ein Anlehn oder ein wirklicher Kauf gewesen. Besonders entsteht die Vermuthung eines wucherlichen Anlehn-Contracts, wenn der Kaufs- und Wiederkaufs-Preiß beträchtlich verschieden sind, indem der Gläubiger die übermäßigen Zinsen unter der weit höheren Wiederkaufs-Summe zu verbergen suchte. Auch alsdann, wenn eine Frucht- oder Nutzungen tragende Sache verkauft, und beide Preiße im Verhältnisse gegen den wahren Werth der Sache sehr niedrig bestimmt, zugleich aber ein ungewöhnlich kurzer Zeitraum zum Wiederkaufe festgesetzt worden ist, sind Kennzeichen eines solchen wucherlichen Contracts vorhanden. d) Denn auch hier konnte der Gläubiger in der sehr kurzen Zeit weit mehrere Nutzungen ziehen, als die Zinsen betragen hätten. Außerdem muß 3) auf die in

d) In dem Allg. Landrecht f. d. Preuß. Staaten, Th. I. Tit. XI. §. 322-325. sind diese Grundsätze über die rechtlichen Vermuthungen legalisirt, und zugleich ist der ungewöhnlich kurze Zeitraum bey beweglichen Sachen auf eine Frist unter Sechs Monaten, und bey unbeweglichen auf eine Frist unter Drey Jahren gesetzt.

in der Urkunde gebrauchten Ausdrücke gesehen werden. Kommen die Ausdrücke Anlehn und Pfand darin vor, so ist das Geschäft für ein Anlehn mit antichretischer Verpfändung zu achten, wenn es auch sonst in den mehrsten Stellen ein Kauf und Wiederkauf genannt wird. e) Wenn aber auch diese Umstände nicht vorhanden sind, so muß doch 4) in jedem zweifelhaften Falle, und wo nicht stärkere Gründe für das Gegentheil vorhanden sind, die rechtliche Vermuthung eher für einen geschlossenen Anlehns-Contract mit antichretischer Verpfändung, als für einen wahren Kauf um deswillen eintreten, weil eine Veräußerung des Eigenthums, wie sie bey dem Verkaufe vorkömmt, nicht vermuthet werden darf, sondern vielmehr anzunehmen ist, daß jeder unter mehreren möglichen Verträgen nur in denjenigen habe einwilligen wollen, der mit den für ihn am wenigsten nachtheiligen rechtlichen Wirkungen verbunden ist. Nach diesen Grundsätzen muß dann das verdeckt liegende Anlehn das wahre Geschäft bleiben, was nach der Absicht der Vertragschließenden allein gelten soll und muß, der dazwischen gekommene Kauf aber muß, als ein bloßer Scheinhandel, für nicht geschehen geachtet werden.

A. hatte im J. 1775 dem B. einen Acker, "sub pacto retrouendendo auf dreißig nach einander folgende

e) *Sam. Stryck* Cautel. contract. sect. II. cap. 24. §. 29.

gende Jahre für die Summe von 170 rthl. abgetreten, und als Eigenthum zu nutzen dergestalt überlassen, daß während dieser Zeit weder von ihm, noch von seinen Erben das geringste eingewendet werden, aber nach der Zeit, wenn alsdann die 170 rthl. dem B. nicht wieder bezahlt wären, der Wiederkaufs-Contract in die Kraft eines unwiederruflichen Kaufs und Verkaufs treten sollte." In der Urkunde kam aber auch vor, daß B. den Acker "anstatt der Zinsen nützen" könne, und der Contract war am Ende "ein Versatz" genannt. Nach dem Tode des A. wollte der Vormund seiner hinterlassenen Kinder den Acker von dem Erben des B., welcher unterdessen gleichfalls verstorben war, wieder einlösen, und zugleich besondere Ansprüche wegen der hohen Nutzung desselben geltend machen. Hierbey entstand I) die Frage: "Aus welchem Gesichtspuncte der abgeschlossene Contract zu betrachten sey?" Der Kläger hielt ihn für einen Anlehns-Contract mit einer antichretischen Verpfändnng. Der Beklagte betrachtete ihn als einen Verkauf mit dem Bedinge des Wiederkaufs, und wollte, da die dreißig Jahre noch nicht abgelaufen waren, von der erhobenen Klage entbunden seyn. Dem Beklagten schien der größte Theil des Inhalts der Contracts-Urkunde zu statten zu kommen. Denn darin war das Geschäft einigemale ganz deutlich "ein Wiederkaufs-Vertrag" genannt: der Acker war ihm darin "abgetreten", und als sein "wirkliches Eigenthum" zu nutzen überlassen: und die

Ueber-

Ueberlassung war auf den Fall, wenn er die 170 rthl. binnen dreißig Jahren nicht wieder bezahle, im Voraus für einen unwiderruflichen Kauf-Contract erklärt. Ueberdem konnte weder aus sonstigen Umständen oder Verhältnissen, noch auch aus der Wiederkaufs-Summe, oder dem Zwischenraume zwischen dem Verkaufe und Wiederkaufe ein besonderer Verdacht einer wucherlichen Absicht hergenommen werden. Demungeachtet hatte der Kläger die rechtliche Vermuthung für sich. Denn der Contract war nicht immer Wiederkaufs-Vertrag, sondern auch "Versatz" genannt: und es war ausdrücklich gesagt, daß der B. den Acker "anstatt der Zinsen nutzen und gebrauchen solle". Beides zielte aber ganz deutlich auf ein Anlehn, und nicht auf eine antichretische Verpfändung des Ackers für dasselbe hin. Ueberdem hatte A. gesagt, er wolle den Acker auf dreißig Jahre an B. "abtreten", welches eben so gut auf eine Pfand-Uebergabe paßte. Die Worte, daß B. den Acker "als sein wirkliches Eigenthum nutzen und gebrauchen" solle, deuteten nicht nothwendig eine wahre Uebertragung des Eigenthums an, sondern konnten füglich also erklärt werden, daß er den Acker eben so vollkommen, als ob er dessen Eigenthümer wäre, nutzen könne: ja diese Erklärung war die natürlichere, weil sonst, wenn ein Verkauf gemeint worden, jener Zusatz sich von selbst verstanden hätte, mithin überflüssig gewesen wäre, und man nicht annehmen darf, daß etwas in einem Vertrage vergebens angeführt sey.

sey. Durch alles dieses ward die allgemeine rechtliche Vermuthung, daß im Zweifel nur ein Versatz, nicht ein Verkauf geschlossen sey, so sehr unterstützt, daß der Versatz, als der wahre beabsichtigte Contract, und der angebliche wiederkäufliche Verkauf blos als ein zu dessen Verdeckung gebrauchter Scheinhandel zu betrachten war. Sodann entstand weiter II) die Frage: "Ob der Kläger zum Beweis einer den Betrag der gesetzmäßigen Zinsen übersteigenden Nutzung des Ackers zuzulassen sey?" Daß im Fall des geführten Beweises das Kapital der 170 rthl. durch das Uebermaaß der gezogenen Nutzungen gemindert würde, war keinem gegründeten Zweifel unterworfen. Denn obgleich bey der ursprünglich deutschen Pfandnutzung nicht darauf gesehen wurde, in welchem Verhältnisse der Ertrag des Pfandstücks mit der dem Gläubiger entgehenden Nutzung des Geldes stehe; so müssen doch, seitdem ein gesetzlicher Zinsenfuß eingeführt ist, die Römischen Gesetze von der antichretischen Verpfändung zur Anwendung gebracht werden, und der Gläubiger muß sich den Abzug des Uebermaaßes gefallen lassen. Selbst die Meinung der Rechtsgelehrten, daß der Gläubiger ungleichförmige, und deshalb ungewisse Früchte und Nutzungen des Pfandstücks nicht zu berechnen schuldig sey, schließt den Beweis des Schuldners, daß in dem antichretischen Vertrage ein unerlaubter Wucher liege, keinesweges aus. Es konnte also in dem vorliegenden Falle dem Kläger der erbotene Beweis nicht abgeschnit-

geschnitten werden. Diesen suchte zwar der Beklagte dadurch zu hintertreiben, daß er sagte, der Acker sey von seinem Erblasser in Gartenland verwandelt, und erst dadurch einträglich geworden. Allein wenn er die angeblichen Verbesserungen darzuthun vermogte, welches ihm unbenommen blieb, so war der Kläger verbunden, ihm selbige zu vergüten, wozu er sich schon bereitwillig erklärt hatte. Ferner gab der Beklagte vor, der Acker sey zwar bisher verpachtet gewesen, aber die Pachtgelder wären nicht richtig eingelaufen. Allein es war seine Schuld gewesen, daß er die Pachtgelder nicht gehörig beygetrieben hatte, und der Kläger konnte nicht darunter leiden. Ein sehr wichtiger Umstand war, daß aus einer beygebrachten Berechnung eines vormaligen Pachters zu ersehen war, daß für das J. 1788 eine ungleich höhere Pachtsumme, als die gesetzmäßigen Zinsen des angeliehenen Kapitals betrugen, gezahlt worden war. Konnte nun der Kläger beweisen, daß auch in andern Jahren mehr erhoben worden, so war er berechtigt, das Uebermaaß von dem Kapitale abzuziehen, und, falls das angeliehene Kapital der 170 rthl., wie er behauptete, durch dasselbe schon getilgt war, die Abtretung des Ackers, auch Herausgabe des allenfalls nach abgelegter Berechnung verbleibenden Bestandes, fordern. Der Einwand, daß contractmäßig vor Ablauf der dreißig Jahre überall nicht geklagt werden könne, stand ihm nicht entgegen. Denn die Meinung des Contrahenten

war

war hierbey offenbar dahin gegangen, daß, wenn die Schuld der 170 rthl. unterdessen nicht getilgt werde, der Gläubiger den Acker die ganze Zeit hindurch nutzen könne. Dieses ergab sich schon aus den Worten: "Nach Verfließung der dreißig Jahre, wenn alsdann die 170 rthl. dem B. oder dessen Erben von mir oder meinen Erben nicht wieder bezahlt seyn sollten, dieser Wiederkaufs-Contract in die Kraft eines ewigen und unwiderruflichen Kaufs und Verkaufs treten solle." Eben dadurch wurden zugleich die nächstvorhergehenden Worte: "Wogegen denn weder von mir noch von meinen Erben während der stipulirten dreißig Jahre das geringste eingewendet werden soll," zureichend erklärt. Wirklich hatte der Kläger den Beweis durch Eidesdilation dahin angetreten: "daß von den Pächtern seit dem Jahr 1775 bis jetzt jährlich die Summe, wie im Jahr 1788, nicht erhoben worden." Die Einlassung auf diesen Eid konnte der Beklagte aus dem Grunde, weil er ihn nicht aus eigenem Wissen, sondern nur nach seiner wahrscheinlichen Erkenntniß abzuleisten im Stande sey, um desto weniger verweigern, da er aus den Quitungsbüchern der Pachtleute sich näher von der Sache unterrichten, und hiernach seine Maaßregeln nehmen konnte.

IX.

IX.

Ueber den Beweis der Aufhebung eines Stadtgesetzes durch entgegengesetzten Gebrauch.

Obgleich Stadtgesetze so gut, wie andere Gesetze, durch entgegenstehenden Gebrauch aufgehoben werden können; a) so streitet doch auch bey ihnen die Vermuthung für die fortdaurende Gültigkeit so lange, bis erwiesen ist, daß sie auf diesem Wege aufgehoben worden. Dieser Beweis ist aber insgemein mit vielen Schwierigkeiten verknüpft, weil genau dargethan werden muß, daß durch den angeblichen Gebrauch ein dem Stadtgesetz entgegenstehender Rechtssatz für die Einwohner begründet worden sey: und es ist daher nicht zu verwundern, wenn der Versuch einer Beweisführung häufig fehlschlägt.

Die im J. 1558 errichteten und landesherrlich bestätigten Statuten der Stadt Salfeld b) setzen im Art. XX., wo von der Erbfolge der Ehegatten die Rede ist, einen eigenen Pflichttheil sowohl für die Aeltern, als in deren Ermangelung für die nächsten Seitenverwandten und Erbnehmen des verstorbenen Gatten fest, welcher in Absicht der Aeltern in

a) C. G. Riccius Entwurf von Stadtgesetzen, B. I. Hauptst. XX. §. 1.

b) Sie stehen in C. F. Walchs Beyträgen zum deutschen Rechte, Th. I. St. III.

in dem dritten Theile, in Absicht der Seitenverwandten in der Hälfte des dritten Theils, folglich in dem sechsten Theile des Nachlasses bestehen soll. Eine Einwohnerin dieser Stadt hatte in ihrem Testamente einen Fremden zum Erben eingesetzt, und ihrer Schwester nur eine Kleinigkeit vermacht. Als die Schwester gegen den Testamentserben auf die Ergänzung des statutenmäßigen Pflichttheils klagte; leugnete dieser zwar die Gültigkeit der Statuten überhaupt nicht, stellte aber die Behauptung auf, daß die besondere Verordnung derselben über den Pflichttheil der Geschwister und deren Kinder durch entgegenstehenden Gebrauch aufgehoben sey. Durch ein Erkenntniß vom J. 1788 ward der Beklagte verurtheilt, die Hälfte des dritten Theils von dem Nachlasse, mit Einrechnung des der Klägerin ausgesetzten Vermächtnisses von 10 Mfl., vermittelst eines zu Recht beständigen Inventarii, oder in dessen Ermangelung eines eidlich zu bestärkenden Privatverzeichnisses, nebst dem Interesse wegen des Verzugs vom Tode der Erblasserin an gerechnet, herauszugeben: jedoch ihm der Beweis der behaupteten Ungültigkeit der Verordnung des Statuts nachgelassen. Diesen Beweis suchte er dadurch zu führen, daß er eine Reihe von funfzehn in dem Zeitraume vom J. 1665 bis 1786 vorgekommenen Fällen aufstellte, in welchen dem in Anregung gebrachten Artikel hierin gerade entgegen gehandelt worden sey. Ihm schien hierunter zu statten zu kommen, daß im dritten Falle

nur 25, im vierten 5, im neunten 20, im zehnten 50, im zwölften 10, im dreyzehnten 25, im vierzehnten 2 Mfl., den Geschwistern und deren Kindern ausgesetzt waren, in keinem Falle aber die statutenmässige Quote hinterlassen war, und im funfzehnten sogar diese Personen gänzlich ausgeschlossen waren. Auch stand ihnen der Umstand nicht entgegen, daß fast durchgängig entferntere Verwandte, und nur in ein paar Fällen Fremde zu Erben ernannt waren, da es hier einzig darauf ankam, ob den Geschwistern oder sonst den nächsten Seitenverwandten der gesetzlich vorgeschriebene Pflichttheil entzogen war. In Ansehung des vierten und des achten Falles konnte zwar eingewendet werden, daß die letzten Willensverordnungen von solchen Personen, die wegen ihres befreyten Gerichtsstandes an das Statut nicht gebunden gewesen, errichtet wären: allein im vierten Falle hatte die Klägerin diesen Umstand nicht in Anregung gebracht, und die Unterwürfigkeit des Erblassers unter das Statut nicht bezweifelt, und im achten hatte sie den vorgeblich privilegirten Gerichtsstand des Erblassers im Gegenbeweise darzuthun nicht vermogt. Sämmtliche Dispositionen waren gerichtlich errichtet und bestätigt, woraus der Beklagte zu folgern suchte, daß die Verordnung des Statuts von der Obrigkeit selbst als aufgehoben angesehen worden sey. Ferner war in den mehresten Fällen aus den beygebrachten gerichtlichen Protocollen ersichtlich, daß die letzten Willensverordnungen nach

dem Tode der Disponenten gehörig eröffnet, und zur Kenntniß der Interessenten gebracht waren. Nur in einigen war solches nicht überall den Geschwistern und deren Kindern geschehen: wobey aber der Beklagte erinnerte, daß es doch in Rücksicht auf die übrigen Interessenten beobachtet worden, daß die in den Protocollen etwa vorkommenden Unvollständigkeiten einer bloßen Nachlässigkeit des Protocollanten beygemessen werden müßten, und daß die angeblich verletzten Interessenten dazu geschwiegen hätten. Ueberdem stellte derselbe den Satz auf, daß ein durch Convention errichtetes Statut auch ohne Einwilligung des Landesherrn seine Kraft verlieren könne, und daß selbst bey einem landesherrlich bestätigten jene Einwilligung in dessen Aufhebung da vermuthet werden müsse, wo die statutarische Verordnung keinen unmittelbaren Einfluß auf das gemeine Wohl oder auf die landesherrlichen Gerechtsamen habe, sondern blos, wie hier, das Privatinteresse der Einwohner betreffe. Endlich war auch das, was die Klägerin im Gegenbeweise auszuführen suchte, zur Widerlegung seiner Behauptung unzureichend, da selbiges vielmehr den Art. XXIII. des Statuts "Von andern gemeinen Erbfällen" betraf, und insbesondere in einer beygebrachten richterlichen Entscheidung eine Schenkung auf den Todesfall nicht als statutenwidrig, sondern wegen Nichtbeobachtung der gemeinrechtlichen Form, für ungültig erklärt war. Allein demungeachtet war durch Alles

dieses die aufgestellte Behauptung eines der statutarischen Verordnung entgegengesetzten Gebrauchs, durch welchen diese für abgeschafft anzusehen gewesen, nicht erwiesen. Denn 1) in allen angeführten Fällen hatten die Testatoren einige, bald nähere, bald entferntere, Rücksicht auf die Verordnung des Statuts genommen, und dadurch die Verbindlichkeit desselben stillschweigend anerkannt. Namentlich hatten im dritten Falle zwey Schwestern eine wechselseitige Schenkung auf den Todesfall errichtet, und in derselben einer dritten Schwester 25 Mfl. "loco quasi legitimae" hinterlassen, welches Ausdrucks sich auch das Statut bedient. Im vierten Falle hatte eine Einwohnerin in einer Schenkung auf den Todesfall den Kindern ihrer Geschwister zwar nur 5 Mfl. ausgesetzt, aber mit dem Zusatze, "weil sie selbige schon zuvor abgefunden habe," welches unnöthig gewesen wäre, wofern sie nicht vermöge des Statuts den Kindern etwas schuldig zu seyn geglaubt hätte. Im neunten Falle hatte die Testatricin ihrem Bruder 20 Mfl. ausgesetzt. Im zehnten Falle hatte der Testator seiner Erbin auferlegt, 50 Mfl. für die andere Hälfte seines Hauses an seine Geschwister heraus zu geben. Im zwölften Falle hatte die Testatricin eine Tochter ihres Bruders zur Erbin eingesetzt, und den Kindern ihrer übrigen Geschwister 10 Mfl. zu ihrem Antheile hinterlassen, mit dem Zusatze, "daß selbige ihrer sonst nach ordentlichem Erbgangsrechte gehabten Anforderung halber damit

 gänz-

gänzlich abgefunden seyn und bleiben sollten," welches sich, nach dem eigenen Geständnisse des Beklagten, auf das Statut bezog. Im dreyzehnten Falle hatte der Testator seinen Geschwistern 25 Mfl. mit dem Zusatze, "daß sie hierdurch gänzlich abgefunden seyn und bleiben, folglich an seiner Ehefrau, als Miterbin, nichts weiter zu suchen haben sollten," vermacht, und dadurch sein Testament in Anerinnerung an das Statut zu rechtfertigen gesucht. Eben diese Bewandniß hatte es im vierzehnten Falle, wo der Testator seine Frau zur Erbin eingesetzt, und seinen nächsten Verwandten "ein Abfindungs-Quantum" hinterlassen hatte. Im funfzehnten Falle hatte eine Wittwe im letzten Willen verordnet, "daß, in Hinsicht auf Art. XX. der Statuten, ihre Stiefschwester und deren Kinder, als ihre Erben, sich mit ihres Mannes Bruder der quasi legitimae halber abfinden sollten," und in Beziehung auf Art. XXIII. ihres Bruders Kinder und andere Verwandte, mit Angabe erheblicher Ursachen, enterbt; welches alles überflüssig gewesen seyn würde, wenn sie ihre Geschwister und deren Kinder, wie das gemeine Recht erlaubt, mit Stillschweigen übergehen zu dürfen geglaubt hätte. Hierbey konnte 2) der Umstand, daß sämmtliche Dispositionen gerichtlich errichtet und bestätigt worden, auf die Beurtheilung der Sache keinen Einfluß haben. Denn einmal war angeführtermassen die statutarische Verordnung im Grunde nirgends gänzlich außer Augen gesetzt, wenn man auch nicht

behaup-

behaupten konnte, daß den nächsten Verwandten wirklich so viel, als der vorgeschriebene Antheil betrug, hinterlassen worden sey: und dann ist bekanntlich jede gerichtliche Bestätigung eines solchen Geschäfts nur so weit zu verstehen, als dieses mit den Rechten bestehen kann, wie sie denn in einigen Fällen mit dem ausdrücklichen Beysatze: in quantum de iure, geschehen war. Merkwürdig war insbesondere, daß im neunten Falle das Protocoll zugleich die Worte enthielt: "Wornach allerseits Interessenten an Gerichts-Hand versprochen, daß sie mit diesem zufrieden seyn wollten, wie es die Erblasserin disponiret," indem dadurch deutlich genug zu erkennen gegeben war, daß die Interessenten jene Disposition anzugreifen wohl befugt gewesen wären, aber solches zu unterlassen und ihr Recht aufzugeben versprochen hatten. Es waren ferner 3) nicht einmal alle und jede Willensverordnungen nach dem Tode der Disponenten den durch die Entziehung des statutarischen Pflichttheils verletzten Personen gehörig bekannt gemacht worden. Im dritten Falle war die gegenseitige Schenkung der interessirten Schwester, und im vierten den Kindern der Geschwister gar nicht publicirt worden. In einigen andern Fällen war die Publication im Protocoll blos im Allgemeinen angeführt, und das ohnehin erwiesene Vorgeben des Beklagten, daß diese Unvollständigkeit lediglich einer Unachtsamkeit des Protocollanten zuzuschreiben sey, verdiente schon um deswillen keine

Rück-

Rücksicht, weil jedes gerichtliche Protocoll die Vermuthung für sich hat, daß es eine vollständige und zuverlässige Angabe der vor Gericht vorgegangenen Handlung enthalte. Wäre aber auch völlig klar gewesen, daß die erforderlichen Publicationen an die Interessenten durchgängig erfolgt wären, welches allerdings in den mehresten Fällen außer Zweifel war; so war doch 4) mit nichts nachgewiesen, daß sich die Interessenten bey den zu ihrem Nachtheile gereichenden Dispositionen beruhiget hätten. Wer konnte dafür stehen, daß die Dispositionen wirklich bey Kräften geblieben waren? Indessen angenommen, daß die Dispositionen von den Interessenten nicht angefochten worden wären, blieb es doch 5) ungewiß, ob diese sich in der Meinung, an die von dem Statut abweichenden Willensverordnung gebunden zu seyn, beruhigt hatten. Sollte durch Handlungen der Einwohner eine rechtliche Gewohnheit eingeführt werden; so mußten die Handlungen nothwendig in der Meinung, eine verbindliche Norm dadurch zu beobachten, von ihnen unternommen worden seyn. Hatten sie aber durch Vergleich oder freywilligen Erlaß ihr Recht aufgegeben; so konnte dieses Andern nicht zum Nachtheil gereichen, und das Statut konnte darum nicht für aufgehoben geachtet werden, weil jene Interessenten die Absicht, es abzuschaffen, nicht gehabt, sondern sich nur ihres freyen Willens bedient hatten. Endlich konnte 6) selbst alsdann, wenn sie diese Absicht gehabt hätten, noch darüber

Bedenken entstehen, ob die vorgekommenen Fälle zur Kenntniß des Landesherrn gelangt, und von ihm ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt waren. Denn obgleich ein auf bloßer Convention beruhendes Statut durch Handlungen der Gemeinheitsglieder aufgehoben werden kann; so ist es doch eine ganz andere Frage, ob dieses auf ein durch landesherrliche Genehmigung begründetes Stadtgesetz anwendbar sey. Hat ein solches klares, obgleich ursprünglich conventionelles Statut, nach seinem ganzen Umfange, die gesetzliche Kraft erst durch die Autorität des Landesherrn erhalten; so kann es diese Kraft auch durch entgegengesetzten Gebrauch nicht anders verlieren, als wenn der Landesherr den Gebrauch ausdrücklich oder stillschweigend billigt, obgleich die von dem Beklagten angeführte Distinction von mehreren Rechtsgelehrten angenommen ist. c) Sollte demnach die besondere Verordnung des Stadtgesetzes für aufgehoben zu achten seyn; so mußte dargethan werden, daß durch den Gebrauch ein derselben gerade entgegenstehender Rechtssatz begründet worden sey. Weil aber dieses nicht erbracht war; so mußte das Erkenntniß vom J. 1788 purificirt werden.

c) z. B. von Riccius a. a. O. §. 8.

X.

X.

Wer ein Geschäft nach einem ursprünglich fremden Gesetze schließt, ist darin nicht zugleich den an dem fremden Orte geltenden Gewohnheiten unterworfen.

Es giebt Geschäfte, für welche die einheimischen Gesetze manches Gebietes keine rechtlichen Bestimmungen enthalten. Um diese Lücke auszufüllen, und sich im Verkehr zu helfen, hat man nach Befinden entweder fremden Gesetzen und Ordnungen, in welchen die bey jenen Geschäften in Betracht kommenden rechtlichen Verhältnisse näher bestimmt sind, gleichsam das Bürgerrecht ertheilt, oder man gestattet wenigstens den Einwohnern, sich bey Schliessung jener Geschäfte mittelst einer besondern Verabredung ihren Vorschriften zu unterwerfen. Auf diese Weise werden mitunter in Wechselgeschäften fremde Wechselordnungen, und in Versicherungsgeschäften fremde Asseeuranzordnungen befolgt. Was aber von den fremden Gesetzen gilt, darf darum nicht sofort auf die davon abweichenden Gewohnheiten oder usuellen Erklärungen ihres Vaterlandes angewendet werden. So wenig diese mit den Gesetzen zugleich als eingeführt anzusehen sind; so wenig läßt sich annehmen, daß die Vertragschließenden selbige ebenfalls als verbindliche Normen betrachtet wissen wollen, wofern nicht solches ausdrücklich verabredet ist.

ist. Haben also Wechselgläubiger und Wechselschuldner, oder Versicherer und Versicherte sich in Ansehung des Geschäfts der fremden Wechsel- oder Assecuranz-Ordnung unterworfen; so ist dieses in zweifelhaften Fällen nur von demjenigen, was die Worte und eine dem Sprachgebrauche und der wahrscheinlichen Absicht des Gesetzgebers angemessene Erklärung mit sich bringen, zu verstehen. Was hingegen auf Gewohnheit beruhet, könnte nur alsdann angewendet werden, wenn sich die Parteyen den an dem fremden Orte in dergleichen Geschäften geltenden Rechten überhaupt unterworfen hätten, weil unter der allgemeinen Benennung auch die Gewohnheitsrechte begriffen wären. Sollte indessen eine Partey erweisen, daß eine solche fremde Gewohnheit auch an dem Contractsorte eingeführt sey; so würde diese unstreitig angewendet werden müssen.

In einem zu Lübeck geschlossenen See-Versicherungsgeschäfte hatten beide Theile in der Police sich der Hamburgischen Assecuranz- und Haverey-Ordnung a) unterworfen. Vermöge derselben sollen nach Tit. XIX. Art. 1. alle "streitige Assecuranzsachen, ehe und bevor sie bey der Admiralität gerichtlich eingeklagt werden, bey 100 rthl. Strafe, sofort als der Schade bekannt ist, und die Documente bey

a) Unter andern in der Sammlung zur Erläuterung der Provincial- und statutarischen Rechte (Gieß. 1756. 4.) B. I. S. 1071. f.

bey Handen zu bringen sind, ohne den geringsten Aufschub an gute Männer gebracht werden," von welchen nach Art. 2. "einer durch den Assecurirten, und der andere durch die Assecurateurs benannt und erwählt werden" soll. In Gemäßheit dieser Vorschrift war, als der Versicherte auf der Reise Schaden erlitten hatte, und Vergütung von den Versicherern verlangte, die gute Mannschaft von ihnen ernannt und angenommen worden. In dem über das Versicherungsgeschäft entstandenen Proceß ward über die Präjudicialfrage gestritten: Ob die guten Männer als bloße Vermittler, oder als wirkliche Schiedsrichter zu betrachten wären. Der Kläger, der sie für wirkliche Schiedsrichter erklärte, hatte die Worte der Assecuranzordnung nach einer natürlichen Erklärung für sich. Denn nach den Worten des angeführten Art. 1. sollen die Streitsachen zuförderst "an gute Männer gebracht, und innerhalb zween Monaten von ihnen entschieden werden, oder den Assecurirten frey stehen, nach abgelaufener solcher Zeit diejenigen Assecurateurs, die sich der Zahlung weigern, gerichtlich zu belangen." Zwar sagt Art. 3.: "Die guten Männer sind schuldig, alle Umstände der Sachen nach ihrem besten Wissen und Gewissen wohl zu erwägen, und, so viel möglich, die Parteyen in Güte aus einander zu setzen und zu vergleichen. Allein der Art. 4. fährt sogleich fort: "Wenn die beiden Männer sich unter einander nicht vereinigen können, sollen dieselben

ben einen Dritten zum Obmann erwählen: und was also zweene von diesen dreyen, oder, falls kein Obmann vorhanden, die beiden ersten einmüthig erkennen und gut finden, demselben sollen die Parteyen ohne einige weitere Ausflucht zu geleben schuldig seyn, und dagegen keine Einwendung noch Provocation an die Gerichte verstattet werden." Auf diese Art steht auch der Inhalt des Art. 6. "Was bey der Handlung unter guten Männern vorgeht, soll keiner Partey zum Nachtheil gereichen," mit dem Vorigen nicht im Widerspruche, indem diese Disposition durch die gleich folgenden Worte: "woferne die Sache nicht zum Stande gebracht wird," hinlänglich bestimmt ist. Aus dem Zusammenhange ergaben sich demnach folgende Sätze: Die guten Männer sollen die Streitsache binnen zwey Monaten, wo möglich, vergleichen, im Nothfalle aber entscheiden. Ist während der Zeit keines von beiden geschehen, so kann die Sache, ohne weitere Rücksicht auf die bisherigen Vorgänge und Verhandlungen, an das Gericht gebracht werden. Ist aber die Sache während der Zeit verglichen oder entschieden, so müssen die Parteyen sich dabey beruhigen. Dagegen bemühte sich der Beklagte, diejenigen Stellen des Gesetzes auszuheben, die, außer ihrem Zusammenhange betrachtet, auf eine bloße Vermittelung hinzudeuten scheinen, und berief sich darauf, daß zum Schiedsrichteramte ein Compromiß und dessen Annahme erfordert werde. Allein

nach dem Wortverstande der Assecuranzordnung sind die guten Männer als gesetzliche Schiedsrichter zu betrachten, und in dieser Eigenschaft, sobald sie die von den Parteyen angetragene gute Mannschaft übernommen haben, in Entstehung der Güte, den Streit zu entscheiden so berechtigt, als verbunden, ohne daß es hierzu eines weitern Compromisses bedarf, welches vielmehr schon in dem ersten Antrage liegt. Der Beklagte führte zwar ein Beyspiel für sich an, wo die Parteyen auf einen Dritten, als guten Mann, schriftlich compromittirt und ihm das Schiedsrichteramt übertragen hatten. Allein da in diesem Beyspiele von der Assecuranzordnung in so fern abgegangen war, als nicht Zwey zu guten Männer ernannt, sondern nur Einem die gute Mannschaft übertragen worden; so war ein ausdrückliches Compromiß dabey nothwendig gewesen, welches aber auf den gegenwärtigen Fall nicht angewendet werden konnte. Indessen gesetzt, es wären damals Zwey gute Männer ernannt gewesen; so würde doch aus der hinzugekommenen Erklärung nicht folgen, daß diese ohne dieselbe kein Entscheidungsrecht gehabt hätten. Desto wichtiger war die Einwendung des Beklagten, daß nach dem in Hamburg eingeführten Gerichtsgebrauche die guten Männer als bloße Vermittler eines Vergleichs angesehen würden, und sich ohne einen besondern compromissarischen Auftrag kein Entscheidungsrecht anmaßten. Dieses Anführen suchte er nicht allein durch Atteste der Hamburgischen Kaufleute,

leute, durch eine Intercession des dortigen Stadtraths in einer ähnlichen auswärtigen Sache, und aus Schriftstellern über die dortigen Rechte zu beglaubigen, sondern der Kläger selbst stellte es auch nicht in Abrede. Allein wenn auch alles dieses in Hamburg galt; so konnte doch darum die gegenwärtige Streitsache aus jener von den Gesetzesworten abweichenden Erklärung, oder aus jenem entgegenstehenden Gerichtsgebrauche nicht entschieden werden, da die Partenen in der Police sich nicht allen und jeden in Hamburg geltenden, das Assecuranzgeschäfte betreffenden Rechten, sie mochten in geschriebenen Gesetzen, oder Gewohnheiten und usuellen Erklärungen bestehen, sondern einzig der dortigen Assecuranzordnung unterworfen hatten. Der Beklagte behauptete jedoch, daß auch in Lübeck die guten Männer, ohne ein besonderes Compromiß, herkömmlich als bloße Vermittler betrachtet würden. Konnte er dieses darthun; so mußte freylich für ihn entschieden werden. Die zu dieser Absicht vorläufig von ihm beygebrachten Zeugnisse reichten aber zum Beweise nicht hin. Ein richterliches Erkenntniß war in der Revisionsinstanz abgeändert worden: in einem andern Falle war die für das Geschäfte der guten Männer gesetzlich bestimmte Zeit verflossen gewesen: ein Attestat dortiger Rechtsconsulenten war zu allgemein: der dortige Dispacheur erklärte sich dahin, wie nach seiner Meinung der Ausspruch der guten Männer an sich verbindlich sey, weil daselbst die Hamburgische

Assecu-

Assecuranzordnung allein, nicht die Hamburgischen Gewohnheiten, vielweniger ihre Abweichungen von jener Verordnung, Gesetz machten, er jedoch seine Meinung deshalb ändere, weil ihm angezeigt worden, daß man hierunter andere Grundsätze habe, und bezog sich dadurch auf etwas, das erst erwiesen werden mußte: auch war es überall noch die Frage, ob sein Zeugniß in dieser das Geschäft des Dispachirens nicht angehenden Sache als ein öffentliches gelten konnte; und in einem Parere dortiger Kaufleute waren einige derselben anderer Meinung. Es ward also billig dem Beklagten der Beweis seiner Behauptung annoch nachgelassen, jedoch ihm dazu eine peremtorische Frist gesetzt.

XI.

Ueber den Ort der Schadensberechnung bey Versicherungsgeschäften.

Bey dem Seeversicherungsgeschäfte ist es eine bekannte Sache, daß, wenn das versicherte Schiff Schaden erlitten hat, und die Interessenten wegen der Vergütung sich nicht vereinigen können, die Schadensberechnung von vereideten Sachkundigen oder Dispacheurs nach den ihnen vorzulegenden Briefschaften und andern Beweismitteln angefertigt wer-

den müsse. Ist über die Berechnung und über den Ort, wo sie geschehen soll, nichts besonderes verabredet worden; so muß sie billig an dem Orte geschehen, wo das Versicherungsgeschäft geschlossen worden ist. Denn da die örtlichen Gesetze und Usancen hierin vielfältig von einander abweichen; so wird mit Recht angenommen, daß beide Theile sich den Eigenthümlichkeiten des Contractsortes unterworfen haben. Von dem Dispacheur des Ortes kann aber eine richtige Vertheilung des Schadens am sichersten erwartet werden, weil ihm die daselbst geltenden Grundsätze genau bekannt seyn müssen, und die Eigenschaft einer öffentlich angestellten, zu diesem Behufe vereideten Person ihm die rechtliche Vermuthung eines regelmäßigen Verfahrens giebt. Hat also ein Theil bereits auswärts eine Dispache verfertigen lassen; so muß selbige auf Verlangen des andern Theils nicht allein von dem Dispacheur des Contractsortes nachgesehen, und es muß, wenn sie fehlerhaft, oder von den daselbst eingeführten Grundsätzen abweichend befunden wird, eine andere von ihm verfertigt werden, sondern es können auch die Kosten der einseitig veranstalteten Berechnung dem andern Theile nicht zur Last fallen. Wenn indessen ersterer behauptet, daß in der nachherigen Berechnung Fehler vorkämen, und begangene Mängel angiebt; so kann ihm dagegen so wenig, als gegen andere Urkunden öffentlicher Personen, der Beweis abgeschnitten werden.

Jemand hatte ein Schiff von Petersburg bis Bourdeaux in L. versichern lassen, wobey beide Theile sich der Hamburgischen Assecuranz- und Haverey-Ordnung unterworfen hatten. Auf der Reise ward das Schiff durch Sturm beschädigt, jedoch in Christiansand, nach einer mit Vorwissen und Zufriedenheit des Versicherers gemachten Verklarung, so weit hergestellt, daß es bis Bourdeaux kam. Daselbst ließ der Versicherte eine Dispache verfertigen, worin ihm eine Entschädigungsforderung von 16255 Liv. zugesprochen wurde. Allein in der Folge veranstalteten die Versicherer in L. eine neue Dispache, mit Wissen und Zustimmung desselben, welche jenes Quantum auf 4764 Mk. B. herabsetzte. In dem nachher unter ihnen entstandenen Processe wollte jeder Theil diejenige Dispache, die ihm günstig war, bey der Vergütung zum Grunde gelegt wissen. Der Versicherte berief sich auf die Hamburgische Assecuranzordnung Tit. XXI. Art. 13., wo es heißt: "Wann einem Schiffe oder Ladung auf der Hinreise einiger Schade zustößt, so kann derselbe an dem Orte, da die Löschung geschieht, wohl reguliret werden; im Fall es aber daselbst nicht füglich zu thun wäre, soll solches allhier geschehen." Zugleich suchte er auszuführen, daß in der neuen Dispache einige von den Versicherern zu entrichtende Posten weggelassen, und andere irrig aufgeführt wären, die beobachtete Berechnungsart aber mit der Natur der Sache, den Gesetzen und dem Herkommen nicht über-

übereinstimme. Allein in dieser Lage mußte die neue in L. verfertigte Dispache zur Richtschnur angenommen werden. Denn L. war der Ort, wo das Versicherungsgeschäft geschlossen war, und dessen in Assecuranzsachen gesetzlichen und herkömmlichen Vorschriften, so weit sie nicht von den in der Hamburgischen Assecuranzordnung festgesetzten abweichen, beide Theile sich unterworfen hatten. Hier konnte die Berechnung am besten geschehen. Es war daher nicht nur an sich zu vermuthen, daß der Versicherte keine andere, als eine hier zu verfertigende Berechnung erwarten würde, sondern es kam insbesondere hinzu, daß ihm das Vorhaben gemeldet worden war, und er sich dasselbe hatte gefallen lassen. Dagegen war die Dispache in Bourdeaux von dem Versicherten einseitig veranstaltet worden, und konnte deshalb nur zu seiner eigenen Nachricht verfertigt seyn. Die angeführte Stelle der Assecuranzordnung stand nicht entgegen. Denn wenn sie die Berechnung am Löschungsorte zuläßt; so setzt sie, unter dem Ausdrucke: Reguliren, eine Uebereinkunft der Parteyen voraus, nach welcher diese die Vergütung an jenem Orte berechnen lassen wollen, behält aber im entgegengesetzten Falle die Regel bey, daß der Schade allhier, das hieß gegenwärtig in L., regulirt werden solle. Fand der in L. angestellte Dispacheur die in Bourdeaux verfertigte Dispache unrichtig; so konnte er eine neue verfertigen. Ein bekannter Commentator der Hamburgischen Assecuranzord-

nung a) sagt in dieser Hinsicht: "Wenn es mit den Haverey-Attesten und übrigen Documenten seine Richtigkeit hat; so werden solche dem Dispacheur zur Aufmachung des Schadens und dessen Repartirung unter den Assecurateurs übergeben, welcher, als eine öffentliche von der Admiralität bestellte und von derselben beeidigte Person, auch fidem publicam für sich hat, und der, wenn gleich auswärts schon eine Dispache gemacht seyn möchte, selbige nachsehen, und für sich eine besondere machen muß." Der Versicherte mußte auch die Kosten der in Bourdeaux einseitig und zu seiner Nachricht veranstalteten Dispache tragen. Indessen beruhten doch die von dem Versicherten gegen die Dispache in 1. aufgestellten Behauptungen auf solchen Gründen und Thatsachen, die in den Acten keine Widerlegung fanden: und obgleich diese von dem vereideten Dispacheur verfertigte Berechnung die Vermuthung der Richtigkeit für sich hatte; so mußte doch dem Versicherten der Beweis seiner Behauptungen nachgelassen werden.

a) Klefecker Commentar über die Hamburg. Assec. Ordnung; in der Sammlung der Hamburg. Gesetze, Th. VII. S. 563.

XII.

Untersuchung wegen Brandstiftung in dem eigenen Hause des Angeschuldigten.

Nicht selten bleibt bey einer Feuersbrunst auch nach der strengsten Untersuchung es ungewiß, ob sie durch Brandstiftung oder durch Verwahrlosung erregt worden sey. Diese Erfahrung hält indessen den pflichtmäßig handelnden Richter nicht zurück, in jedem vorkommenden Falle der Untersuchung den größten Fleiß zu widmen. Denn je mehr das vorsätzliche Feueranlegen, es mag aus Rache, oder aus Gewinnsucht geschehen, dadurch erleichtert wird, daß es heimlich und von einem Einzelnen, ohne fremde Beyhülfe, begangen werden kann, und je größer die Gefahr ist, welcher das Leben, die Gesundheit und das zeitliche Glück vieler Menschen dadurch ausgesetzt werden, indem die Folgen nicht im Voraus überrechnet werden können; desto mehr verdient der Urheber einer solchen unmittelbaren Vergehung an der Gesellschaft zum Vorschein gebracht, und zur gebührenden Strafe gezogen zu werden. Jedoch darf der Eifer für die Erforschung und Bestrafung des Thäters auf der andern Seite nicht so weit gehen, daß bloßer Anschein für Gewißheit genommen, und ein vielleicht Unschuldiger gestraft wird. Auch hier muß die richterliche Thätigkeit in

Beurtheilung der vorliegenden Thatumstände mit kalter Prüfung zu Werke gehen. a)

Zu G. brach in dem Wohnhause des Glasers K. zur Nachtzeit Feuer aus, wodurch dasselbe, nebst einem daran stoßenden kleinern Gebäude des J., in die Asche gelegt ward. Als die Policey nach der Ursache des Feuers forschte, ergaben sich mancherley Anzeigen, daß dasselbe durch den Glaser K. selbst in gewinnsüchtiger Absicht angelegt, oder wenigstens von ihm verschuldet sey, weshalb die Untersuchung wider ihn eröffnet werden mußte. Denn K. hatte 1) drey Monate vorher sein Haus, nebst den Meublen und dem Handwerksgeräthe, in der Englischen Brandassecurationskasse um einen den wahren Werth bey weitem übersteigenden Preis auf drey Jahre und sechs Monate versichern lassen, und in Beyseyn seiner Frau gegen den Nachbar J. geäußert, wenn sein Haus in vier Wochen abbrenne, so müsse die Kasse ihm den Schaden vergüten, auch seinen Bekannten G. zu bereden gesucht, daß er ebenfalls in die Brandkasse einsetzen möchte. Er hatte 2) am Nachmittag vor der Nacht, wo das Feuer ausgebrochen war, einigemal Holz, wider seine Gewohnheit, aus seinem

a) Was *Leyser* Medit. ad Pand. spec. 541. med. 1. sagt: "In his (delictis) ego *crudelitatem* et rigorem nimium magistratuum facilius, quam lenitatem, excuso, geht offenbar zu weit.

nem Hofe nach dem Hause getragen, hatte sich bey dieser Gelegenheit einmal auf dem in seinem Garten gelegenen Hügel umgesehen, und war, als er die Frau des Nachbars J. erblickt, plötzlich umgekehrt, war auch an eben dem Nachmittage, nach seiner eigenen Angabe, auf dem Boden gewesen, wo nachher das Feuer ausbrach. Er hatte 3) an dem Abend vor dem Brande, ebenfalls wider seine Gewohnheit, sich eine halbe Stunde später, als seine Frau, zu Bette gelegt, um die Rückkunft seines Sohnes abzuwarten, und, nachdem dieser nach Hause gekommen, und in seine Kammer gegangen war, nach der Hausthür gesehen, ob sie verschlossen sey. Er wollte 4), nachdem das Feuer ausgebrochen, das erste Klopfen und Rufen des N., welcher das Feuer zuerst gewahr geworden, nicht gehört haben, ungeachtet er selbst aussagte, daß er sonst öfters den Nachtwächter abrufen gehört habe. Als nachher 5) der Schlosser F. in das brennende Haus zur Rettung eingehen wollen, hatte K. ihn, unter dem Zurufe, das Dach drohe den Einsturz, davon abgehalten. Er selbst hatte 6) weder beym Feuerlöschen, noch bey der Rettung seiner Sachen Hand angelegt, sondern war, nach Eröffnung der Hausthüre, anfänglich vor dem Hause stehen geblieben, nachher auf eine gegenüber gelegene wüste Stätte gegangen, war daselbst während des ganzen Brandes geblieben, und hatte, wie die Frau des Nachbars J. versicherte, ruhig aus einer Theetasse getrunken, und ein Stück Brodt

Brodt in der Hand gehabt, auch bey dem Anblick derselben gelacht. Eben so wenig hatte seine Frau für die Rettung der Sachen Sorge getragen, und sollte gegen die J., nach deren Aussage, geäußert haben, sie möge es nur brennen lassen, da sie doch nichts retten werde. Insbesondere kamen 7) bey der Rettung einer Bleywinde manche bedenkliche Umstände vor. Der Sohn des K. sagte, er habe auf der Diele mit dem Fuße an dieselbe gestoßen, und sie darauf, weil sie heiß gewesen, in einen alten Grapen gelegt, und nach dem Garten hingetragen. Allein es blieb zweifelhaft, wie die durch Nägel oder Schrauben am Blocke befestigt gewesene Bleywinde auf die Erde gekommen. Nach der Versicherung mehrerer Zeugen war der Block nach der einen Seite hin gar nicht, nach der Angabe des K. und seines Sohnes gerade nur bis dahin, wo die Bleywinde gelegen, abgebrannt. Gleichwohl behauptete ein Zeuge, und A. nebst seinem Sohne gestanden, es wären nach gelöschtem Feuer an der Stelle des Blocks, wo die Bleywinde gelegen, in selbigem einige unbeschädigte Nägel angetroffen, und es sey beym Nachgraben auf dem Blocke ein Stück Bley und ein Stück Nagel ebenfalls unversehrt gefunden worden. Ferner sagte der Sohn des K., der alte Grapen, worein er die heiße Bleywinde geworfen, habe voran in der nahe befindlichen Küche gelegen. Dagegen wollte ein Zeuge, welcher in der Küche gewesen, denselben weder dort, noch vor der Küchen-

thüre

thüre gesehen haben. Hierzu kam, daß, wenn er voran in der Küche, folglich an dem Orte, wo der Block gebrannt, gestanden hätte, er nicht kalt, wie der junge K. versicherte, sondern ebenfalls heiß hätte seyn müssen. Weiter befremdete es, daß der hölzerne Handgriff an dem Schwengel der Bleywinde etwas angebrannt war, da in der Dielen- und Stubenwand kein Feuer gewesen. Auch war nicht ausgemittelt, wer den Schwengel gerettet habe. Alles dieses konnte auf die Vermuthung führen, daß die Bleywinde von dem K. selbst, oder von Jemanden auf dessen Geheiß bereits vor dem Ausbruche des Feuers in Sicherheit gebracht worden sey. Ueberdem war 8) keine andere Ursache des entstandenen Brandes als wahrscheinlich ausgemittelt worden. Denn nach den eigenen Aussagen des K. und seiner Frau war weder am Tage vorher ein großes Feuer auf dem Heerde oder sonst im Hause gewesen, und K. wollte sogar noch vor Schlafengehen in der Küche gewesen seyn, und nach dem Feuer gesehen haben, noch hatten Stroh, Heu, Torf, oder andere leicht Feuer fangende Sachen auf dem Boden gelegen, noch war vorher der mindeste Rauch verspürt worden, ja nicht einmal Licht an demselben Abende angezündet gewesen, noch war er mit der Tobackspfeife auf dem Boden gewesen. Auch konnte das Feuer so wenig durch Gesinde, als durch fremde Personen veranlaßt seyn, da K. kein Gesinde hielt, und am Tage vor dem Brande kein Fremder im

Hause gewesen war, bis auf einen Bedienten, der aber blos ein Fenster für seine Herrschaft abgeholt hatte, und sogleich wieder weggegangen war. Durch eine Katze konnte das Feuer ebenfalls nicht auf den Boden verschleppt worden seyn, indem die Bodenluke damals beständig verschlossen, mithin kein Eingang dazu vorhanden gewesen. Der Schein gegen K. ward 9) noch dadurch vergrößert, daß dieser sich in mißlichen Vermögensumständen befand, die er durch den aus der Brandkasse zu beziehenden Gewinn merklich hätte verbessern können. Endlich kam 10) in Absicht seiner Person hinzu, daß er schon vormals sowohl wegen kleiner Holzdeuben, als wegen respectwidrigen Betragens gegen seine Obrigkeit in Untersuchung gewesen und bestraft worden war.

Allein sämmtliche bisher angeführte Thatsachen waren weder einzeln, noch zusammen genommen, so beschaffen, daß K., bey seinem standhaften Leugnen, zur Nothdurft für überwiesen geachtet werden können, das Feuer vorsätzlich angelegt, oder Jemanden zu dessen Anlegung verleitet zu haben. Denn 1) das Einsetzen des Hauses, der Meublen und der Handwerksgeräthschaften in die Englische Brandassecurations-Kasse war ein völlig erlaubtes Mittel, das Eigenthum zu sichern. Schon mehrere unbescholtene Einwohner des Orts hatten sich desselben bedient, und K. war blos ihrem Beyspiele gefolgt. Nach der Einrichtung des Instituts stand es ihm frey, wie

hoch

hoch und auf wie lange Zeit er sein Eigenthum versichern wollte. Er selbst gab an, daß er es deswegen zu einem sehr hohen Preise eingesetzt habe, um seinen Credit dadurch zu befördern, und mittelst desselben sein Nahrungsgewerbe zu erweitern, und in dieser Angabe lag nichts, was eine innere Unwahrscheinlichkeit enthalten hätte. Daß der Brand wenige Monate nach dem Einsatze entstanden war, bewies an sich nichts gegen ihn, sondern konnte eben sowohl auf einem bloßen Zufalle beruhen. Es kam hingegen dem K. gar sehr zu statten, daß er den Einsatz nicht für sich allein und auf eine versteckte Weise, sondern durch einen Kaufmann K. betrieben, und nachher weder aus dem Einsatz selbst, noch aus dem dabey angegebenen Werthe seines Eigenthums ein Geheimniß gemacht hatte. Hätte er eine böse Absicht dabey gehabt, so hätte er vielmehr vernünftige Weise alles dieses so viel möglich verheimlichen müssen. Er hatte aber der J. alles erzählt, und der angebliche Zusatz, den er jedoch gebraucht zu haben leugnete, daß, wenn sein Haus nach vier Wochen abbrenne, die Kasse ihm den Schaden vergüten müsse, enthielt weiter nichts, als eine Wahrheit, die in der Natur der Sache und in der Absicht des Einsatzes lag, und die jeder in gleicher Lage unbedenklich laut äußern konnte. Sowohl dieses, als daß er den G. aus Freundschaft zum Einsetzen in die Brandkasse gleichfalls zu bereden gesucht, streitet mehr für als wider ihn, da er bey der Sache so

offen zu Werke gegangen war, und ein erlaubtes Sicherungsmittel, das er selbst ergriffen, auch andern empfohlen hatte. b) Daß er 2) geständlich am Nachmittage vor dem Brande Holz aus dem Hofe in das Haus getragen, und nach der Aussage der J. bey dieser Gelegenheit sich auf dem Hügel in dem Garten umgesehen, diese Nachbarin bemerkt, und weggegangen, konnte ihm nicht zur Last fallen. Denn einmal hatte er, nach einer für sich angeführten sehr scheinbaren Erklärung, einiges Holz für den Sonntag gehackt, und solches, in Abwesenheit seines Sohnes, selbst in das Haus getragen. Daß er es aber auf den Boden getragen habe, konnte die J. selbst nicht sagen. Sodann wollte er sich überall nicht erinnern, ob er sich im Garten umgesehen habe, erklärte es aber, falls es geschehen sey, nicht ohne Schein für etwas ihm sehr gewöhnliches, und darum sehr unwillkührliches. Auf jede Weise hätte es zum Feueranlegen keines großen Holzvorraths bedurft, am wenigsten wäre es rathsam gewesen, dergleichen leicht bemerkbare Zurüstungen zu machen, sondern er hätte die That weit heimlicher und weniger umständlich mit Hülfe des auf dem Boden befindlichen Holzwerks verüben können. Daß er an demselben Nach-

b) Ein Fall, wo eine Familie ihr Eigenthum geständlich in der Absicht angezündet hatte, um die Brandassecuranz-Gelder zu gewinnen, nebst der Bestrafung der Thäter, steht in Klein's Annalen der Gesetzg. u. Rechtsgel. B. III. N. 2.

Nachmittage einmal auf dem Boden gewesen sey, sagte er aus freyem Entschlusse: denn weder Frau und Sohn, noch sonst Jemand hatte ihn dahin gehen sehen. Dieser Umstand war also völlig unerheblich. Wenn er 3) ungewöhnlichermaßen eine halbe Stunde später als seine Frau zu Bette gegangen war, so setzte er den Grund ganz scheinbar darin, weil seine Frau unpäßlich gewesen sey, und deshalb sich dießmal etwas früher niedergelegt habe, und weil er noch auf die Rückkunft seines Sohnes warten wollen. Auch kann der Umstand, daß er, nachdem der Sohn nach Hause gekommen, und die Thüre zugemacht gehabt, doch nochmals nach der Thüre gesehen hat, um zu erfahren, ob sie gehörig befestigt sey, als eine Folge von der Sorgfalt eines guten Wirths hinlänglich erklärt werden. Daß er 4) geständlich sonst öfters den Nachtwächter abrufen gehört hat, und doch in der Nacht das erste Klopfen und Rufen des R. nicht gehört haben will, enthält nichts Widersprechendes. Denn er konnte jetzt mehr, als sonst, ermüdet gewesen seyn, zumal er länger außer Bette gewesen war, und gerade im ersten Schlafe gelegen haben. Wenn er 5) Bedenken fand, mit dem F. den Koffer seiner Frau aus dem brennenden Hause zu holen; so geschah solches aus Furcht vor dem Einsturze des Daches, und der Zuruf: Nachbar, das Dach möchte einstürzen! enthielt eine abschreckende Warnung gegen Lebensgefahr. Ueberhaupt hatten 6) bey dem Löschen weder K. noch

dessen

dessen Frau Hand angelegt, weil sie gesehen, daß das Haus nicht zu retten gewesen, und insbesondere die Frau sich wegen ihrer Unpäßlichkeit zu schwach dazu gefunden hatte. Dagegen war der Sohn bey dem Retten thätig gewesen, und hatte, nachdem er im väterlichen Hause nichts mehr ausrichten können, der Frau des J. im Retten beygestanden. K. hatte sich, wie er mit Wahrscheinlichkeit sagte, auf der gegenüber liegenden wüsten Stelle deswegen aufgehalten, um die von andern Personen geretteten und ihm zugebrachten Sachen gegen die bey solchen Gelegenheiten oft vorfallenden Dieberenen zu bewachen, während seine kränkliche Frau daselbst in den Betten gelegen hatte. Daß er die Frau des J., da er sie auf die wüste Stelle kommen gesehen, angelacht habe, beruhte einzig auf der Aussage der Frau J., und war von ihm gänzlich in Abrede gestellet. Die J. konnte aber bey der Untersuchung nicht als eine glaubwürdige Zeugin betrachtet werden, da sie eines Theils mit dem K. und dessen Frau wegen mancher vorgefallenen Beschuldigungen und Streitigkeiten seit geraumer Zeit in Feindschaft, oder, wie sie selbst sich gelinder ausdrückte, außer allem nähern Umgange lebte, andern Theils bey der Verurtheilung des K. in so fern besonders interessirt war, als sie im Falle derselben Entschädigung von ihm verlangen konnte. Ueberdem widersprach jene Angabe den Aussagen anderer glaubwürdigen Personen, indem einer bezeugte, K. habe geweinet, ein anderer betheuer-

theuerte, er habe während des Löschens einst vor der Hausthüre gestanden, und die Hände gerungen, und ein dritter, er sey in der ersten Zeit wegen des Brandes sehr betrübt gewesen. Ohnehin konnte der J. bey Nachtzeit leicht eine Täuschung des Gesichts wiederfahren seyn. Daß er auf der wüsten Stelle etwas aus einer Theetasse getrunken, und Brodt in der Hand gehabt habe, sagte ebenfalls lediglich die bey dieser Sache sehr verdächtige Zeugin J. aus: dagegen leugnete es K. standhaft, und erklärte die Erscheinung ganz natürlich davon, daß er Arzney, die er von der Apotheke holen lassen, eingenommen habe. Zwar blieben 7) in Betreff der Bleywinde, ungeachtet der sorgfältig auf diesen Punct gerichteten Untersuchung, manche Dunkelheiten übrig. Allein einmal verdienten die eidlich bestärkten Aussagen des jungen K. von der Art und Weise, wie dieselbe gerettet worden, schon wegen ihrer Genauigkeit und Bündigkeit Glauben. Sodann ließ der Zweifel, wie die von demselben auf der Erde gefundene Bleywinde von ihrer starken Befestigung am Blocke habe getrennt werden können, und man bey dem Nachgraben ein Stück Bley und einen Nagel unversehrt gefunden habe, sich füglich lösen, wenn man den allerdings gedenkbaren Fall annahm, daß eine oder mehrere von den im Gedränge herbey gelaufenen Personen die Bleywinde in der Absicht, sie zu entwenden, mit Gewalt vom Blocke losgemacht, aber weil sie in dem Unternehmen gestört worden, auf der Diele

liegen

liegen gelassen: und es war wohl möglich, daß der Zeuge, der in der Küche gewesen, den alten Grapen, worein der junge K. die heiße Bleywinde geworfen haben will, und welcher nach dessen Angabe voran in der Küche gestanden haben soll, in dem Getümmel nicht bemerkt hat, auch es sich denken läßt, daß der Grapen nach dessen Versicherung kalt, hingegen die auf der Diele gefundene Bleywinde heiß gewesen, da beide an verschiedenen Stellen gelegen haben, und selbst auf den hölzernen Handgriff am Schwengel der Bleywinde, welcher angebrannt gewesen, einiges Feuer gekommen, nachdem selbige schon vom Blocke abgelöset, und auf einer andern Stelle befindlich gewesen. Dazu kam, daß zwey Zeugen ausdrücklich versicherten, sie wären von dem K. um die Rettung der Bleywinde gebeten worden. Hierdurch war der Verdacht, daß K. die Bleywinde schon vor dem Brande heimlich wegschaffen lassen, völlig entfernt. Ob nun gleich 8) die Entstehung des Feuers zweifelhaft blieb, so stimmten doch sämmtliche Zeugen in dem Orte, wo es zuerst bemerkt worden, mit einander überein. Alle bezeugten, es sey zuerst, und zwar sehr stark, aus dem Schornsteine und rings umher gekommen. Hieraus mußte sich die sehr natürliche Vermuthung ergeben, daß es im Schornsteine, durch Verhaltung einiger Funken, oder auf andere Weise, entstanden sey. Aber gerade dieser Umstand war bey der Untersuchung nicht hinreichend erörtert worden. Uebrigens konnte 9) aus den

miß-

mißlichen Vermögensumständen des K. zwar einiger Verdacht entstehen: allein die Art, wie er selbst seine Absicht bey dem hohen Einsetzen in die Brandassecurationskasse erklärte, sich Credit zu verschaffen, und dadurch seinen Nahrungsstand zu verbessern, hatte wenigstens eben so viele Wahrscheinlichkeit für sich, als die Meinung, daß er sich durch den aus der Kasse schneller zu erwartenden Gewinn zum Feueranlegen habe verleiten lassen: und in einem solchen zweifelhaften Falle siegt billig die Vermuthung für die Unschuld. Ein besonderes Andringen der Gläubiger war nicht einmal dargethan: und selbst für diesen Fall blieben ihm noch mancherley erlaubte Wege offen. Aber auch 10) der Umstand, daß K. vor langer Zeit einige Ellernbüsche entwendet, und die der Obrigkeit gebührende Achtung aus den Augen gesetzt hatte, machte nicht, daß man ihn um deswillen eines der schwersten Verbrechen fähig halten konnte. — In dieser Lage war sowohl wegen der angeführten Thatsachen überhaupt, als insbesondere aus Rücksicht auf die beiden zuletzt bemerklich gemachten Umstände, nach geführter Defension zur Abwendung der Specialinquisition, im J. 1789. dem K. der Reinigungseid dahin auferlegt, "daß das Feuer weder mit Vorsatz von ihm angelegt, noch durch seine Nachlässigkeit befördert worden sey," und er war zugleich selbst auf den Fall, wenn er den Eid ableiste, zum Ersatz aller Kosten der durch sein zweydeutiges und unvorsichtiges Betragen veranlaßten Untersuchung ver-

urtheilt

urtheilt worden. Er suchte aber durch nochmalige Defension allen Verdacht sowohl eines vorsätzlichen Feueranlegens, als einer durch Fahrlässigkeit veranlaßten Feuerverwahrlosung von sich zu entfernen, und sich sowohl von Ablegung des Reinigungseides, als von den Kosten zu befreyen. In der That schienen die factischen Umstände, die sich bey der Untersuchung ergeben hatten, theils ganz unerheblich zu seyn, theils nur zu sehr entfernte Anzeigen der Schuld zu enthalten, und einige unter ihnen waren sogar als Anzeigen der Unschuld zu betrachten. Aus diesem Grunde fand man Bedenken, den Reinigungseid auf die Brandstiftung oder das vorsätzliche Feueranlegen zu richten. Indessen hatten sich doch auf der andern Seite keine Gründe hervorgethan, zu vermuthen, daß das Feuer durch Zufall, oder durch die Schuld eines Dritten entstanden wäre. Vielmehr traten Gründe des Verdachts ein, daß es von der Fahrlässigkeit des K. herrühre, welche dieser gänzlich von sich abzulehnen nicht vermogt hatte. Denn 1) der Umstand, daß am Tage vor dem Brande kein starkes Feuer im Hause gewesen, und daß das wenige zum Kochen gebrauchte Feuer Nachmittags ausgelöscht worden, daß kein Toback, am wenigsten auf dem Boden, geraucht worden, und keine feuerfangende Sachen daselbst gelegen, gründeten sich auf die bloße Aussage des K., und dieser gestand selbst, daß die zu Mittage gekochten Speisen Abends wieder aufgewärmt worden, mit dem Zusatze, es habe sich noch

so

so viel Feuer auf dem Heerde gefunden, daß er die Feuerzange zum Frisiren seiner Perücke daran warm gemacht habe. Ferner hatte 2) ein auswärtiger Mauermeister, welcher zwey Tage nach dem Brande bey der Durchreise durch G. die Brandstelle aus eignem Antriebe besichtigt gehabt, ganz deutlich bemerkt, und gegen seine Gesellen, welche mit zugegen gewesen, geäußert, daß der Grund des Brandes nach seiner Ueberzeugung im Schornsteine gelegen habe, indem die erste Wange, auf welcher der Schornstein geruhet, nach vorn kein vollständiges Fundament gehabt habe, und daher der Schornstein gleich unter dem Fangeholze gesprungen sey, wo sich das Feuer in der dadurch entstandenen Borste gesammlet, einen auf drey Zolle von der Borste gestandenen und in der Wange mit vermauerten Stender ergriffen, und auf solche Weise sich in die Höhe nach der Mauer-Plate gezogen haben möge. Es war also ungewiß, ob nicht A. durch Unterlassung der nöthigen Aufsicht auf den Schornstein und das Fegen derselben Anlaß gegeben hatte, daß das Feuer darin gefangen. Dazu war es 3) leicht möglich, daß er durch das Aufbewahren feuerfangender Materialien in der Nähe des Schornsteins, durch Unterhaltung eines zu großen Feuers, wovon die das Gegentheil enthaltenen Nachrichten allein auf seinen Aussagen beruhten, oder auf eine ähnliche Weise den Brand verschuldet habe. Es ward daher dem K. in einem zweiten Erkenntnisse der Reinigungseid in Rücksicht auf seine Fahr-

lässigkeit auferlegt, jedoch zugleich darauf eingeschränkt. Auf den Fall, daß er diesen Eid zu leisten im Stande war, konnten ihm auch die Untersuchungskosten nicht zur Last fallen, weil ihm alsdann gar keine Schuld beygemessen werden konnte, wodurch er sich die Verbindlichkeit zum Kostenersatz zugezogen hätte.

XIII.

Bestrafung einer Bigamie des einen Ehegatten, und eines Ehebruchs des andern.

Nach dem Römischen Rechte war der Beyschlaf einer Ehefrau mit einem fremden, verheiratheten oder unverheiratheten, Manne als ein wahrer Ehebruch, und der Beyschlaf eines Ehemannes mit einem unverheiratheten Weibe als ein Stuprum angesehen, und wurde auch alsdann, wenn er in Gestalt einer zweiten Ehe erfolgt war, ohne weitere Rücksicht, bald als Ehebruch, bald als Stuprum bestraft. a) Allein das Canonische Recht erklärt, nach den Grundsätzen der Kirchenlehrer, nicht allein jede Verletzung der ehelichen Treue durch Beyschlaf, sie sey von dem Ehemanne oder von der Ehefrau begangen, für einen

a) *L. 6. §. 1. D. ad L. Iuliam de adulteriis. (XLVIII, 5) L. 18. C. eod. (IX, 9.)*

nen wahren Ehebruch, b) sondern hält auch densel- ben, wenn er mittelst einer zweiten Ehe geschieht, we- gen Mißbrauch der Ehe, an sich, als eine Bigamie, noch besonders für höchst verwerflich. c) In der That wird durch die Bigamie nicht blos das Privat- recht auf eheliche Treue verletzt, sondern es werden auch die Ehegesetze des Staats durch den Mißbrauch der Form der Ehe zu einem gesetzwidrigen Zwecke an- gewendet, und unter dem Scheine einer rechtmäs- sigen Verbindung wird ein Betrug begangen. d) K. Karl V. legt in der Peinl. Gerichtsordnung e) den Begriff des Canonischen Rechts vom Ehebruche, welcher selbst dem Geiste des deutschen Rechts ange- messen war, zum Grunde, und bedrohet den Ehe- bruch in beiden genannten Fällen mit gleicher Stra- fe. f) In Absicht der Bigamie bemerkt er, daß sie zugleich ein Ehebruch, ja noch ein größeres Verbre- chen, als Ehebruch, sey, und will sie daher mit kei- ner gelindern peinlichen Strafe, als den Ehebruch, belegt

b) *can. 4. 5. 15. C. 32. qu. 4. 5. 6.*

c) *c. 2. X. de sponsa duorum.*

d) Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts, §. 423.

e) Art. 120.

f) Kleinschrod Beyträge zu der Lehre vom Ehebruch, §. 3-6. in dessen Abhandlungen aus dem peinl. Rechte und dem peinl. Processe, Th. II. N. X. S. 278-286.

belegt wissen. Wenigstens scheint solches der natürliche Sinn folgender Verordnung zu seyn: g) "Straff des übels, das inn gestalt zwifacher ehe geschicht. Item so eyn ehemann eyn ander weib, oder eyn eheweib eyn andern mann, inn gestalt der heyligen ehe bei leben des ersten ehegesellen nimbt, welche übelthat dann auch eyn ehebruch und grösser dann das selbig laster ist, vnnd wiewol die Keyserlichen recht auff solch übelthat keyn straff am leben setzen, So wollen wir doch, welcher solchs lasters betrüglicher weiß, mit wissen vnd willen vrsach gibt vnnd volnbringt, daß die nit weniger dann die ehebrüchigen peinlich gestrafft werden sollen." Schwerer mußte allerdings Karln das Uebel der zwiefachen Ehe erscheinen, als ein bloßer Ehebruch, nicht blos wegen der Idee vom Sacrament der Ehe, sondern auch weil sie neben dem Ehebruche zugleich eine Hintergehung der Gesetze und des Publicums enthält. Er vergleicht zuförderst die Bigamie mit dem Ehebruche, und glaubt, das Römische Recht setze in keinem Falle die Todesstrafe auf dieses Verbrechen, wiewohl er hierin irrt. h) Hiernächst verordnet er eine peinliche Strafe. Unter derselben versteht er aber nicht, wie viele Ausleger glauben, schlechthin die Todesstrafe. Denn eines Theils zeigt der Ausdruck: Peinliche Strafe, auch sonst in der P. G. O. nicht aus-

g) P. G. O. Art. 121.

h) *Nov. 134. c. 10.* Man sehe *Boehmer* ad Carpz. qu. 66. obs. 1.

ausschließend diese, sondern überhaupt eine Leibes- oder Lebensstrafe an, andern Theils ergiebt sich schon aus der angestellten Vergleichung der zwiefachen Ehe mit dem Ehebruche, daß bey der Bestrafung der erstern eben so verschiedene Fälle unterschieden werden sollen, als er, nach Anleitung des Römischen Rechts, bey dem Ehebruche angenommen hatte. i) Weil nun die Strafe der Bigamie sich nach der Strafe des Ehebruchs richtet; so muß da, wo die Strafe des erstern durch particuläre Gesetze oder unstreitigen Gerichtsgebrauch gemildert ist, auch die Strafe der letztern gelinder seyn. k) Uebrigens besteht die Handlung, durch welche die Bigamie begangen wird, unstreitig darin, daß Jemand, dessen rechtsgültige Ehe noch fortdauert, das heißt weder durch den Tod, noch durch Scheidung getrennt ist, eine neue Ehe vollzieht.

Zur

i) Grolmann über die Strafe der Bigamie nach dem Art. 121. der P. G. O. Karls V. in der Bibl. f. d. peinl. Rechtswissensch. und Gesetzkunde, Th. I. N. 3. — Unter den früheren Schriften s. Gonne Abh. von dem Unterschiede der Carolinischen und der Bamberg. H. G. O. in Bestrafung der zwiefachen Ehe; in Schott's Jurist. Wochenblatt, v. J. 1772. N. 25. — Wegen der Todesstrafe s. *A. F. Schott* diss. de poena bigamiae ordinaria, Lips. 1771.

k) *Boehmer* l. c. obs. 2. *Koch* Inst. iur. crim. §. 328. — Sonst vergl. wegen des Gerichtsgebrauchs Quistorp Grunds. des peinl. Rechts, §. 471.

Zur gänzlichen Vollbringung (Consummation) des Verbrechens ist also, nach dem Sinne der P. G. O., da es eine Art des Ehebruchs ist, nicht hinreichend, daß die Ehe geschlossen worden, sondern es muß auch der Beyschlaf hinzugekommen seyn. l)

In verschiedenen Landesgesetzen, welche von der Bigamie handeln, ist die P. G. O. bald ausdrücklich, bald stillschweigend zum Grunde gelegt, und die Strafe in Gemäßheit der Auslegung, die man von der Stelle derselben machte, oder unter den Rechtsgelehrten herrschend fand, näher bestimmt. Namentlich bestätigt eine Chursächsische Constitution vom J. 1572 m) die in den Erkenntnissen der Schöppenstühle

l) *S. F. Boehmer* Medit. ad C. C. h. a. §. 1. Quistorp a. a. O. §. 469. Feuerbach a. a. O. Anders Tittmann Grundlinien der Strafrechtswissenschaft, §. 346. Not. a. Daß aber auch *I. H. Boehmer* iur. eccles. Protest. T. IV. lib. V. tit. VI. §. 43. die erfolgte Trauung, mit Ausschließung des Beyschlafs, für hinreichend halte, wie Quistorp Note a. behauptet, folgt aus dessen Worten: "Poena capitalis ideo iure canonico constituta est, quia *non tantum* adulterium continet, sed *praeterea* aliud grauius crimen, sacramenti scilicet matrimonialis profanationem", nicht.

m) *Const. El. IV, 20.* Daß jedoch in der spätern Praxis auf drey- bis vierjährige Zuchthausstrafe erkannt werde, bezeugt C. D. Erhard Handbuch des Chursächs. peinl. Rechts, §. 426. *)

stühle damals übliche Strafe des Schwerdts, mit folgenden Worten: "Nachdem in der peinlichen Halsgerichtsordnung die Strafe des Schwerdts auf den, oder die, so bey Lebzeiten des Ehegatten, wissentlich, daß derselbige noch am Leben, einen andern zur Ehe nimmt, verordnet, und dann Unsere Schöppenstühle bisher auf solche Constitution gesprochen, so lassen Wir es auch bey solcher Strafe bleiben, ordnen und setzen, daß dieselbige wider die Verbrecher in dem Laster der zwiefachen Ehe unnachlässig in Unsern Landen exequiret und vollstrecket werden soll." Die Constitution achtet ferner den auf öffentliche Sponsalien erfolgten Beyschlaf, ungeachtet die zweite Ehe nicht kirchlich vollzogen worden, in dieser Hinsicht der Ehe gleich. n) "Wir wollen auch (fährt sie fort) obberührte Strafe des Schwerdts dahin gemeinet und erstrecket haben, daß sie wider die, welche bey Lebzeiten ihres Ehegatten mit andern öffentlich Ehegelübd gehalten, und sich darauf fleischlich erkannt, vorgenommen werden soll, ohngeachtet, obgleich kein Kirchgang gehalten, noch die Zusammengebung durch den Priester geschehen wäre." Auf den Fall aber, daß der Beyschlaf nicht erfolgt sey, dictirt sie dem untreuen Gatten, außer der Ehrlosigkeit, wegen der an dem Ehegatten begangenen Untreue, nach Befinden Gefängniß oder Landesverweisung, und dem andern unverheiratheten Theile, wenn er gewußt

n) Vergl. *Koch* l. c. §. 326. not. 1.

wußt hat, daß der Verbrecher eine rechtmäßige Frau am Leben habe, eine willkührliche Gefängnißstrafe. "Da aber (sagt sie) das Beyschlafen in diesem Fall nicht erfolget, soll der Theil, welcher an seinem lebendigen Ehegemahl vergeßlich gehandelt, für ehrlos gehalten, und darüber mit Gefängniß oder zeitlicher Verweisung nach Gelegenheit gestraft, und der unschuldige Theil, so sich mit einem andern Ehegatten verlobet, unter diese Strafe nicht gezogen oder damit beleget werden. Wenn aber derselbe Theil Wissenschaft gehabt, daß der Verbrechende in der Ehe bey Zeit des Verlobens gewesen, so soll er auch willkührlich mit Gefängniß und dergleichen gestraft werden." Auch anderwärts sind in einzelnen Landesgesetzen und Stadtrechten gleiche Grundsätze angenommen worden. So ist unter andern in einer Verordnung des Herzogs Heinrich Julius von Braunschweig vom J. 1593 die Todesstrafe schlechthin festgesetzt. In den Churbraunschweigischen Landen ist jedoch diese Strafe durch Königl. Rescripte vom 25. Oct. und 14. Nov. 1729. in eine durch das Ermessen des Richters näher zu bestimmende "poena corporis afflictiua, nach Befinden der Umstände entweder in perpetuum, oder ad certum tempus" verwandelt worden. o) Auch im Lüneburgischen Stadt-

o) Corp. Const. Calenb. P. II. c. 2. p. 860. 861. Man s. *G. I. F. Meister* princip. iur. crim. §. 283. not. e.

Stadtrechte p) ist die Sächsische Constitution, nach ihrem ganzen Umfange, beynahe wörtlich enthalten. In allen diesen particulären Rechten, so weit sie die P. G. O. zur Quelle haben, und blos nähere Bestimmungen derselben enthalten, gehört also nicht nur der Mißbrauch der Ehe, sondern auch die Vollendung des Ehebruchs zum Thatbestande des Verbrechens. Geht hingegen eine Gesetzgebung von dem veränderten Gesichtspuncte aus, daß sie vorzüglich auf den bey der Bigamie zum Grunde liegenden Betrug und auf die Verletzung der zur öffentlichen Ordnung und Sicherheit gereichenden Ehegesetze Rücksicht nimmt; so muß in derselben mit Vollziehung der Eheform auch die Bigamie für vollzogen geachtet werden. In dieser Hinsicht wird das Verbrechen nach der Theorie der Preußischen Gesetzgebung durch die Trauung für vollzogen gehalten, und an dem vorher Verehelichten mit ein- bis zweyjähriger, an dem bisher unverheiratheten, die Bigamie wissentlich eingehenden Theile mit sechsmonatlicher bis einjähriger, und an dem, welcher sich betrüglich für unverehelicht ausgiebt, und dadurch den andern Theil zu einer nichtigen Ehe verleitet, mit dreyjähriger Zuchthausstrafe geahndet. q)

Was

p) P. IV. tit. 33. an *Pufendorfii* Obs. iur. vniu. T. IV. append. p. 786.

q) A. L. R. Th. II. tit. 20. §. 1066-1068. Klein Grundß. des gemeinen und preußisch. peinl. Rechts, §. 389.

Was bisher von der gesetzlichen Strafe der zwiefachen Ehe gesagt worden ist, setzt den Vorsatz voraus. Die P. G. O. redet ganz deutlich von demjenigen, "der solches Lasters betrüglicher Weise, mit Wissen und Willen, Ursache giebt." Die dolose Bigamie beruht aber auf dem Bewußtseyn des vorher Verehelichten, daß sein Ehegatte noch am Leben sey, und daß er mit demselben in einer gültigen und noch fortdauernden Ehe stehe. Dieses hindert jedoch nicht, daß jenes Verbrechen nicht auch auf einer Culpa beruhen könne. Denn obgleich jede Bigamie eine Verletzung der Staatsgesetze, einen Mißbrauch der in den Ehegesetzen angeordneten Form der Ehe, und eine Täuschung des Publicums enthält, so läßt sich doch der Betrug des unschuldigen Ehegatten nicht als ein nothwendiger Bestandtheil des Verbrechens betrachten. r) Die culpose Bigamie beruht aber auf einem verschuldeten Irrthume (error oder ignorantia vincibilis), vermöge dessen der vorher Verehelichte glaubt, daß sein Ehegatte nicht mehr lebe, oder daß seine Ehe ungültig sey, oder nicht mehr fortdaure. Dahin gehört besonders der Fall, wo Jemand einer irrigen Nachricht, daß sein abwesender Ehegatte todt sey, leichtsinnig Glauben beygemessen, und sich weiter verheirathet

r) *Püttmann* elem. iur. crim. §. 630. will sie nur eine Quasi-Bigamie genannt wissen.

rathet hat. s) Denn obgleich unverschuldeter Irrthum alle Strafbarkeit aufhebt; so fällt doch ein verschuldeter Irrthum dem Handelnden so weit zur Last, daß er eine angemessene Bestrafung verdient. Es muß daher auch eine mittelst des letztern begangene Bigamie mit einer nach dem Grade der Unvorsichtigkeit oder Fahrlässigkeit durch das richterliche Ermessen zu bestimmenden Strafe belegt werden.

Die Frau des Webers G. war sehr jung verheirathet worden. Ungeachtet sie mit ihrem Manne zwanzig Jahre beysammen gelebt, und von ihm acht Kinder gebohren hatte, so waren doch zwischen ihnen so viele Streitigkeiten vorgefallen, und bey den Gerichten des Orts so häufige Beschwerden geführt worden, daß diese ihnen eine einstweilige Trennung angerathen, und, da beide darüber einverstanden waren, dem G. die Alimentation seiner Frau auferlegt hatten. In der Folge hatte der G. sich erboten, sie wieder zu sich zu nehmen, weil er die festgesetzten Verpflegungsgelder nicht anschaffen könne: allein sie hatte die Rückkehr zu ihm verweigert, und obgleich ihm von Gerichtswegen anheimgestellt worden, daß er sich in der Sache an das Consistorium wenden möchte, so war doch solches unterblieben. Seit der Zeit war die G. in Dienste getreten, und mit ihrer Herrschaft an einen entfernten Ort gezogen, auch nach-

s) Vergl. L. 11. §. 12. D. ad L. Iul. de adult. auch L. 7. C. de repud. u. a. a. O.

nachher in der fürstlichen Küche angestellt worden. In diesem neuen Verhältnisse war von ihrer Ehe weiter nicht die Rede gewesen, und sie war im Umgange die G. schlechthin, und in den Wirthschafts-Rechnungen bald die Wittwe G., bald Frau G. genannt worden. Indessen war sie mit dem Korporal P. in vertrauten Umgang gerathen, und nachdem sie sich nachmals mit ihm fleischlich vermischt gehabt, hatte sie ihm die Ehe angetragen. Zu dem letztern Schritte war sie, nach ihrer Angabe, dadurch verleitet worden, daß sie einen mit Knn unterzeichneten Brief mit der Post erhalten hatte, in welchem ihr gemeldet worden war, daß ihr Mann G. verstorben sey, und sie hatte die Wahrheit der Nachricht desto weniger bezweifelt, da sie von ihren zurückgelassenen Kindern, besonders von ihrem ältesten Sohne, der am Wohnorte des Vaters lebte, von Zeit zu Zeit Briefe bekommen hatte, worin ihres Mannes G. mit keiner Sylbe gedacht gewesen war. Da sie den Brief dem Korporal P. vorgezeigt, hatte dieser von dem Regiment den Consens zu seiner Verheirathung, und von dem Feldprediger N. Dimissorialen, mit dem Zeugniß, daß von Seiten des Bräutigams kein Ehehinderniß vorhanden sey, und die Kopulation ohne Aufgebot mit Bewilligung des Fürsten geschehen könne, ausgewirkt. Unter Vorzeigung dieser Urkunde hatte er dann von dem Pfarrer L. in D. die Kopulation verlangt, wobey dieser kein weiteres Bedenken gefunden hatte, da

er die Braut als in fürstlichen Diensten stehend gekannt, und von ihrer Ehe nie gehört gehabt. Im May 1795 war die Kopulation in der Kirche erfolgt. Der Pfarrer hatte die Braut Jungfer G. genannt. Denn erst in der Folge hatte er gehört, daß sie schon mit dem G. verheirathet gewesen, dieser aber verstorben sey. Es hatten auch die neuen Eheleute als solche bey einander gewohnt, und den Beyschlaf vollzogen. Allein kaum war H. hiervon benachrichtigt worden, als er im August d. J. den Vorgang bey den Stadtgerichten zu G. meldete, und auf die Bestrafung seiner Frau wegen begangener Bigamie antrug. Nun wollte auch der neue Ehemann P. mit ihr nichts weiter zu thun haben, weil sie ihn und das Regiment belogen habe. Bey der Untersuchung berief sich die G. lediglich auf den von dem angeblichen Tode ihres ersten Mannes erhaltenen Brief, und auf das Stillschweigen ihrer Kinder. Auch hatte sie Jemanden, welcher bald nach der Kopulation Nachricht erhalten, daß G. noch lebe, und ihr von der zu erwartenden Strafe vorgesagt, nach dessen Aussage ganz kaltblütig geantwortet, wie sie vorher einen Brief erhalten habe, daß G. todt sey. Ueberdem hatte sie damals von ihrem Sohne, dem sie ihre Heirath mit dem P. gemeldet, gar keine Antwort erhalten. Jedoch behauptete P., als ihm der von ihr eingegebene Brief vorgelegt wurde, es sey nicht derselbe, den sie ihm damals vorgezeigt habe, indem dieser eine andere Gestalt gehabt, und

die

die Anrede: Meine liebe Mutter! enthalten habe. Indessen beharrte sie dabey, es sey eben derselbe: auch ward bey der Nachsuchung ihrer Briefschaften kein anderer von diesem Inhalte gefunden. — Es kam aber auch von Seiten des G. ein Ehebruch zum Vorschein, den seine Frau im Verhöre anzeigte. Er gestand, daß er im Februar oder März 1795 mit der Wittwe S., die ihm während seiner Trennung von seiner Frau das Essen und die Wäsche besorgt, sich fleischlich vermischt habe, und aus diesem Beyschlafe ein Kind gebohren sey. Die Wittwe S. behauptete sogar, er habe sie durch das Versprechen der Ehe zum Beyschlaf vermogt, und er selbst stellte solches nicht in Abrede. Allein er suchte sein Vergehen damit zu entschuldigen, daß seine Frau damals, als er sie gern wieder zu sich nehmen wollen, die Rückkehr verweigert gehabt, und daß er durch den täglichen Umgang mit der S. zu diesem Fehltritte verleitet worden sey. — Von Seiten der G. war also eine Bigamie begangen, und das Verbrechen war im Sinne des gemeinen Rechts völlig consummiret. Das Landesgesetz bestimmte die peinliche Strafe näher durch "eine poena afflictiua, nach Befinden der Umstände entweder in perpetuum oder ad certum tempus." Bey Anwendung dieser Verordnung kam aber vor allen Dingen in Betracht, daß der Dolus nicht so weit klar gemacht war, daß der höhere Grad der in derselben angegebenen Strafen eintreten konnte. Unfehlbar

war

war aber eine culpose Bigamie begangen, und zwar hatte die Verbrecherin sich einer sehr groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht. Denn diese hätte dem Briefe schon um deswillen keinen Glauben beymessen sollen, weil er ohne Namensunterschrift, von einer unbekannten Hand, und blos mit einigen Buchstaben unterzeichnet war. Wie leicht hätte sie sich bey ihrem mit dem G. zugleich in H. lebenden Sohne nach der wahren Lage erkundigen können? Daß dieser einen Brief, worin sie ihm die Heirath mit dem P. gemeldet, nicht beantwortet hatte, war hier ein unerheblicher Umstand, da die zweite Ehe damals schon vollzogen, und dadurch das Verbrechen begangen war. Sie hätte sich auch einen Todtenschein verschaffen müssen. Selbst P. behauptete, sie einst daran erinnert zu haben. Allein sie stellte es in Abrede, und er selbst bekannte daß er nicht weiter darauf bestanden habe, weil ihm kein Todtenschein abgefordert worden sey. Es konnte ihr auch der Umstand, daß der Pfarrer L. die Kopulation ohne vorherige Bescheinigung ihrer Ledigkeit verrichtet hatte, nicht zu statten kommen. Mit der Rechtsunwissenheit konnte sie sich auf keine Weise entschuldigen, da sie in einem Alter von 42 Jahren der bürgerlichen Verhältnisse hinreichend kundig seyn mußte, nach welchen Niemand in einer zwiefachen Ehe leben darf. Eben so wenig konnte die Länge der Zeit, in welcher sie von ihrem Manne getrennt gelebt hatte, zur Entschuldigung gereichen, da sie wußte, daß das Ehe-

band

band noch ungetrennt sey, und da der G. sich sogar erboten hatte, sie wieder zu sich zu nehmen, und sie sich dessen geweigert hatte. Endlich konnte sie sich auch nicht mit dem Ehebruche des G. schützen, da sie erst nach ihrer zweiten Verheirathung Nachricht erhalten hatte, und sie selbst im entgegengesetzten Falle nicht befugt gewesen wäre, die Ehe als getrennt anzusehen, sondern nur auf Scheidung zu klagen. Die zwiefache Ehe blieb also ungeachtet der factischen Unwissenheit straffällig, da diese so leicht zu vermeiden gewesen, und mithin gänzlich verschuldet war. In Erwägung aller angeführten Umstände ward die G. zu einer Zuchthausstrafe von sechs Monaten verurtheilt. — Von Seiten des G. war ein Ehebruch begangen, welcher ebenfalls bestraft werden mußte. Denn die Ehe war zu der Zeit, wo er die S. geschwängert hatte, noch nicht richterlich getrennt gewesen. Mit der Unwissenheit des Rechts konnte er sich um desto weniger entschuldigen, da ihm schon vormals von Gerichtswegen gesagt worden war, daß es ihm frey stehe, die Sache vor dem Consistorium weiter zu suchen. Die Jugend konnte ihm ebenfalls nicht zu statten kommen, da er bereits 56 Jahre alt war. Er wollte zwar schon früher, ehe er die S. beschlafen hatte, von dem verbotenen Umgange seiner Frau mit dem P. gehört haben: allein dieses beruhte eines Theils blos auf seinem eigenen Vorgeben, andern Theils war es nicht im Stande, ihn gegen die Strafe zu schützen. Mit Rücksicht

sicht auf die vorhin angeführten Umstände, und auf die in den Landesgesetzen enthaltenen Grundsätze, wurde auf sechs Wochen Gefängnißstrafe, und zwar in den beiden letzten Wochen abwechselnd einen Tag um den andern bey Wasser und Brodt, wider ihn erkannt.

XIV.

Bestrafung eines zum drittenmal verübten Diebstahls.

Die peinliche Gerichtsordnung Karls V. bestimmt für den zum drittenmal begangenen Diebstahl die Todesstrafe als Regel. Im Artikel 162. "Vom Stehlen zum drittenmal", heißt es: "Item wird aber jemandts betretten, der zum drittenmal gestolen hat, vnd solcher dreifachtiger Diebstal, mit gutem grundt als vor von erfarung der warheyt gesetzt ist, erfunden würd, das ist ein merer verleumbter dieb, vnd auch eynem vergewaltiger gleich geacht, vnd soll darumb, nemlich der mann mit dem strang, vnnd die fraw mit dem wasser oder sunnst inn andere weg, nach jedes landts gebrauch vom leben zum todt gestrafft werden." Es ist zwar Zweifel erregt worden, ob diese schwere Strafe wirklich als Regel festgesetzt sey, weil eines Theils die in dem Gesetze angeführte Vermuthung der Unverbesserlichkeit des Die-

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

des alsdann wegfalle, wenn derselbe wirkliche Beweise wahrer Besserung an den Tag gelegt habe, und der Richter überall nicht bestimmen könne, daß der dritte Dieb nicht zu bessern sey, a) andern Theils der Dieb dem gefährlichen gleich geachtet werde, für den gefährlichen Diebstahl aber im Art. 159. die im Entwurfe des Gesetzes festgesetzt gewesene Todesstrafe auf dem Reichstage v. J. 1532, welcher die P. G. O. zum Gesetz erhob, durch Beyfügung einer Clausel in eine alternative Todes- oder harte Leibesstrafe, verwandelt worden sey, und dagegen die auf den Entwurf sich beziehenden Art. 160. und 162. unverändert geblieben seyen, mithin, zur Vermeidung eines Widerspruchs, jener abgeänderten Verordnung gemäß, erklärt werden müßten. b) Allein der angeführte Artikel scheint doch, sowohl an sich, als in Zusammenstellung mit den übrigen die herrschende Erklärung zu rechtfertigen. Nachdem zuvor mancherley, sowohl gemeine, als ausgezeichnete, Diebstähle durchgegangen, und mit verschiedenen Strafen bedrohet worden sind, stellt das Gesetz den dritten Diebstahl noch besonders auf, und setzt die Todesstrafe

a) Kleinschrod Ueber den Begriff, das Wesen und die Bestrafung des Diebstals, Beytr. VII. §. 3. in dessen Abhandlungen aus dem peinl. Rechte, Th. II. S. 125. Dagegen s. Feuerbach Lehrbuch des peinl. Rechts, §. 372. S. 294.

b) *Püttmann* Elem. iur. crim. §. 433. Vornemlich Kleinschrod a. a. O.

Bayerische Staatsbibliothek München

strafe für denselben fest, weil derjenige, welcher sich dessen schuldig gemacht habe, wegen seiner daraus hervorgehenden Neigung zum Stehlen für unverbesserlich, und für die öffentliche Sicherheit eben so nachtheilig, als ein solcher, der mit Einsteigen, oder mit Erbrechen, oder mit Waffen in der Hand gestohlen habe, zu halten sey. Der Gesetzgeber will also nicht erst untersucht wissen, ob Besserung zu hoffen sey, oder nicht, sondern erklärt den Dieb, vermöge des bewiesenen Hanges zum Stehlen, geradezu für unverbesserlich. Er fügt hinzu, daß überdem ein solcher Dieb eben so gefährlich sey, wie ein Gewaltiger. Ihm gilt der Hang zum Stehlen, und die deshalb aufzugebende Hoffnung zur Besserung, als Hauptgrund, warum der Dieb aus der Gesellschaft hinweggeschafft werden müsse, indem fremdes Eigenthum durch diesen in immerwährender Gefahr schwebe. Der beygefügte zweite Grund soll das Gewicht der Sanction noch verstärken. Beide Gründe zusammengenommen bestimmten ihn, die Todesstrafe zu verordnen. Denn da man nicht annehmen kann, daß der erste Grund umsonst da stehe, so dürfen die Worte: "vnd soll darumb", nicht blos auf den letzten eingeschränkt, sondern müssen auf beide, durch ein Bindungswort ohnehin so eng zusammengestellten Gründe bezogen werden. Alsdann ist auch, in Vergleichung mit Art. 159, kein Widerspruch vorhanden. Der Gesetzgeber hält nemlich den dritten Diebstahl wegen der Gewohnheit zum Stehlen für

 schwe-

schwerer, als den "geuerlichen Diebstal durch einsteigen oder brechen", von welchem der erwähnte Artikel handelt. Daher bedroht er jenen mit dem Tode, diesen mit dem Tode oder einer sehr schweren Leibesstrafe. Nur dieses setzt er bey jenem als nothwendig voraus, daß die erstern Diebstähle hinlänglich erwiesen worden.

Es ist hier nicht die Frage, ob in dem Gesetze nach seiner Allgemeinheit das richtige Verhältniß zwischen Verbrechen und Strafe beobachtet sey, und ob ein heutiger Gesetzgeber für den dritten Diebstahl die Todesstrafe als Regel bestimmen würde, sondern allein von dem, was Karl V. im Geiste seines Zeitalters verordnet hat. c) Indessen hat die Strenge des

c) Das Preussische A. L. R. verordnet Th. II. Tit. XX. §. 1158. folgendes: "Hat jemand mehrere gemeine Diebstähle begangen, und ist er deswegen noch niemals bestraft worden; so soll er diejenige Strafe leiden, welche, nach Verhältniß der durch alle Diebstähle zusammen entwendeten Summe, und der dabey mit eintretenden erschwerenden Umstände verwirkt ist. §. 1159. Hat aber jemand, welcher wegen eines gemeinen Diebstahls schon einmal zur Strafe verurtheilt worden, dieses Verbrechen zum zweitenmale begangen; so soll die Strafe, welche durch die noch unbestraften Diebstähle verwirkt ist, der Dauer nach verdoppelt werden. §. 1160. Macht er sich dieses Verbrechens, nach zweimaliger Verurtheilung, zum drittenmale schul-

des Gesetzes, wie gewöhnlich, so mancherley Einschränkungen der Ausleger veranlaßt, daß die Todesstrafe

vermöge

schuldig; so soll er, nach ausgestandener Strafe, in einem Arbeitshause so lange verwahrt, und zur Arbeit angehalten werden, bis er sich bessert, und hinlänglich nachweiset, wie er künftig seinen ehrlichen Unterhalt werde verdienen können. §. 1161. Fällt er nach seiner Entlassung dennoch in sein voriges Laster wieder zurück; so hat er lebenswierige Zuchthausstrafe verwirkt. §. 1162. Eben dieses findet Statt, wenn er entwischt, ehe er die zum drittenmale erkannte Strafe völlig ausgestanden hat." In der neuern Verordnung wegen Bestrafung der Diebstähle, welche zu Berlin d. d. 26. Febr. 1799. erlassen worden, ist folgendes enthalten: §. 12. "Hat ein bereits zwey- oder mehrmals wegen eines gemeinen Diebstahls Bestrafter dieses Verbrechen wiederholt; so wird nicht allein die körperliche Züchtigung (durch Peitschen- oder Ruthenhiebe, vergl. §. 2-7.) vorzüglich geschärft, sondern auch auf Einsperren in eine Besserungsanstalt auf so lange erkannt, bis die Vorgesetzten dieser Anstalt sich überzeugt haben, daß der Verbrecher durch die erlittene Strafe wirklich gebessert worden, daß er im Stande sey, sich auf eine redliche Art zu ernähren, und daß durch dessen Freylassung der öffentlichen Sicherheit nicht geschadet werde. Nur wenn dieser Fall eintritt, kann auf deshalb erstatteten Bericht der Vorgesetzten der Besserungsanstalt das Gericht, welches das Straf-Urthel abgefaßt hat, die Entlassung nachgeben. §. 13. Ist ein bis zu seiner Besserung Verurtheilter entwichen

vermöge derselben nur selten, und nur unter einem Zusammenflusse von beschwerenden Umständen angewendet werden kann. Einige von diesen Einschränkungen sind in verschiedenen deutschen Ländern durch Gesetze gebilligt. Mehrere haben durch den Gerichtsgebrauch ihr Ansehen erhalten, welches man ihnen gern zugesteht, so weit vernünftige Gründe und Analogie dafür streiten, und der wesentliche Zweck des Strafgesetzes nicht vereitelt wird. Dagegen sind manche durch particuläre Gesetze hie und da verworfen worden. Man nimmt zuförderst an, daß ein Dieb zu dreyen verschiedenen Malen, an verschiedenen Oertern, zu verschiedenen Zeiten, und bey ganz von einander verschiedenen Gegenständen gestohlen haben müsse, wenn ihn die ordentliche Strafe des Gesetzes treffen solle, indem dasselbe nicht blos fortgesetztes, sondern wiederholtes Stehlen vor-
aus-

chen, so wird derselbe, so bald man seiner habhaft werden kann, deshalb eben so bestraft, als wenn er sich eines gewaltsamen Diebstahls schuldig gemacht hätte. Gleiche Bestrafung erhält der in Hoffnung seiner bewirkten Besserung Entlassene, wenn er der deshalb erhaltenen Verwarnung ohngeachtet in der Folge einer begangenen Dieberey überführt." Vergl. Archiv des Criminalrechts, herausg. von Klein u. Kleinschrod B. II. St. 1. S. 40. Not. c. Eine Critik dieser Verordnung steht in den staatswissenschaftlichen und juristischen Nachrichten, Sept. 1799. Nr. 113. Hierüber, und besonders über die Frage, welche Strafe des
Dieb-

aussetze. d) Man erfordert ferner und vornemlich, daß der Dieb wegen seiner ersteren Diebereyen wenigstens schon einmal bestraft worden sey. e) So wenig dieses in dem Buchstaben des Gesetzes liegt, indem verschiedentlich wiederholte Diebstähle die Bosheit und Fertigkeit des Diebes schon an sich zu erkennen geben; so begünstigt doch der Gerichtsgebrauch jenes angenommene Erforderniß aus guten Gründen um deswillen, weil die Unverbesserlichkeit des Diebes daraus, daß er sich durch erfolgte Bestrafung von der Wiederholung des Verbrechens nicht hat abschrecken lassen, nur desto sicherer hervorgehe. Ausdrücklich gebilligt ist dasselbe in den Churbraunschweigischen Landen durch ein K. Rescript v. 7. März 1722, wo es heißt: "Wir sind auch zufrieden, daß die Justizcanzley hinführo in judicando sich nach der Meinung der ICtorum richten möge, welche statuiren, daß die in Kaiser Caroli V. Halsgerichtsordnung Art. 162. gesetzte Todesstrafe alsdann erst und anders nicht Statt habe, als wann ein solcher Dieb, wie er da beschrieben ist, um einer oder mehr vorhin

Diebstahls die zweckmäßigste sey, s. Klein im Archiv, B. III. St. 1. Nr. IV.

d) *Boehmer* Medit. ad C. C. h. a. §. 2. Struben rechtl. Bedenken, B. IV. Nr. 204. Quistorp Grundſ. des peinl. Rechts, §. 355.

e) *Boehmer* l. c. §. 4. und ad Carpzou. prax. rer. crim. qu. 78. obſ. 9.

vorhin begangenen Diebereyen willen gestraft worden. Es erfordert auch der gemeine Gerichtsgebrauch noch besonders, daß der Dieb nicht blos mit einer bürgerlichen oder disciplinarischen, sondern mit einer beträchtlichen peinlichen Strafe um der Diebereyen willen belegt worden sey: f) und diese Bestimmung wird von den dasigen Landesgerichten ebenfalls beobachtet. g) Nach der Meinung einiger Rechtslehrer soll die Todesstrafe sogar alsdann eintreten, wenn der Dieb schon zweymal auf die gedachte Weise bestraft worden sey; h) welches hingegen von andern verworfen wird. i) Weiter erfordert man zu der ordentlichen Strafe, daß der dritte Diebstahl an sich ein großer sey, oder wenigstens die Diebstähle zusammen einen großen ausmachen. k) Der Artikel der P. G. O. sagt hiervon nichts,

f) C. F. G. Meister Erkenntnisse in peinl. Fällen, Th. I. dec. 27. n. 35. f. und Th. IV. dec. 114. n. 16.

g) G. J. F. Meister Pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte, B. II. N. XII. S. 116.

h) *Cramer* Obss. iur. T. III. obs. 917. der zugleich die Magdeburgische Pol. Ordnung c. 2. §. 1. anführt.

i) *Leyser* Meditt. ad Pand. spec. 535. med. 12.

k) *Kress* Comment. ad C. C. C. h. a. §. 1. n. 2. *Boehmer* l. c. §. 5. Quistorp a. a. O. §. 355. Grolmann Criminalrechtswissensch. §. 304.

nichts, und es ist sowohl in der Bambergischen und Brandenburgischen peinlichen Gerichtsordnung, als in dem Project der Carolina der Zusatz: "der Diebstahl wäre groß oder klein", enthalten. Zwar scheint dieser Zusatz hier in der Absicht, das Gegentheil zu verordnen, weggestrichen zu seyn. Allein es kann dieses eben sowohl darum geschehen seyn, weil man ihn für überflüssig hielt, da im Vorhergehenden der unüberwindliche Hang und die Unverbesserlichkeit als der Hauptgrund der gesetzlichen Strafe angegeben worden, und deshalb der Werth des Gestohlnen ohnehin nicht in Betracht zu kommen schien. l) Vielmehr mußte, wenn die Strafe nur bey einem großen Diebstahl antreten sollte, dieses besonders hinzugefügt werden. Indessen beruht die zuerst angeführte Bestimmung auf der herrschenden Meinung der Rechtsgelehrten, welche auch den Gerichtsgebrauch für sich anführen. Dagegen ist sie in den Churbraunschweigischen Landen durch ein K. Rescript vom 1. Nov. 1743. ausdrücklich verworfen: m) "Als Uns vorgetragen worden, wasmaaßen bey euch Zweifel entstanden, ob in dergleichen Fällen, wenn ein Dieb drey oder mehrere Diebstähle begangen, und wegen eines oder mehrerer derselben bestrafet wor-

l) *Clasen* Comm. ad C. C. h. a. pag. 530. Feuerbach Lehrb. d. peinl. R. §. 372. Not. ***

m) *Pufendorf* Obff. iur. T. II. obf. 187. Struben Rechtl. Bed. Th. II. Bed. 107. S. 411.

worden, selbiger mit der Todesstrafe zu belegen, wenn alle solche Diebstähle zusammengerechnet kein furtum magnum ausmachen; so declariren Wir hiermit, daß die ermangelnde qualitas furti magni einen vorhin beschriebenen Dieb, wenn keine andere Umstände pro mitiganda poena vorhanden, von der Todesstrafe nicht befreyen sollen;" wohin noch die Verordnung und Declaration v. 28. May 1754. gehört: n) "Wir haben durch Unsere Rescripte zu erkennen gegeben, wie Unsere Meinung nicht dahin gehe, daß die Todesstrafe nicht Statt haben solle, wenn ein Dieb drey oder mehrere Diebstähle begangen, und wegen des einen oder des andern vorhin bestrafet ist, jedoch von denen mittelst aller solcher Diebstähle entwendeten Sachen der Werth zu der Summe, welche ein furtum magnum ausmacht, nicht hinansteigt — befehlen hiermit — daß nach Strenge der Gesetze erkannt und dagegen keinen solchen von Meinungen der Rechtslehrer hergeleiteten Ausnahmen oder limitationibus, als vorhin angeführet sind, oder welche wider den wahren Sinn der Gesetze nur zu unzeitiger Gelindigkeit gegen das Diebesgesindel annoch vorgebracht werden möchten, Statt gegeben werden solle."

Aus dem, was bisher angeführt worden, ergiebt sich, daß die Todesstrafe selbst nach der P. G. O. als-

n) Struben a. a. O. und Willich Auszug der Calenb. Landesordn. B. I. S. 579.

alsdann nicht zur Anwendung gebracht werden kann, wenn der dritte Diebstahl nicht vollbracht ist, oder wenn die erstern Diebstähle nicht vollbracht gewesen, oder nicht völlig erwiesen sind. Ueberdem fällt diese Strafe nach dem gemeinen Gerichtsgebrauche weg, wenn der Dieb vorhin noch nicht mit einer beträchtlichen peinlichen Strafe um des Diebstahls willen belegt worden, oder wenn die Summe eines großen Diebstahls nicht vorhanden ist. Es werden auch manche begleitende Umstände als Milderungsgründe angesehen. Dahin gehört vornemlich alles, was von einem mindern Grade des Vorsatzes zeuget, insbesondere wenn die Diebstähle nur gelegentlich verübt, und nicht mit besonderer Hinterlist angelegt sind, und die Erstattung des Gestohlnen, besonders wenn sie sofort freywillig geschieht. o) Sey es, daß diese Gründe, hauptsächlich der letztere, an sich mit der wesentlichen Absicht der P. G. O. nicht übereinstimmen; p) so ist doch, bey der großen Verschiedenheit der Fälle, die hier ohne Unterschied unter das Gesetz gezogen sind, nicht zu verwundern, daß in den Straferkenntnissen, in Ermangelung einer mit beschwerenden Umständen verbundenen Verletzung der öffentlichen Sicherheit, von der Todesstrafe abgegangen, und dafür eine angemessene harte, nach Befinden

o) Man findet sie bey Quistorp a. a. O. verzeichnet.

p) *Leyser* Med. ad Pand. sp. med. 16. *Pufendorf* Obff. iur. T. II. obf. 187.

den lebenswierige Leibesstrafe angewendet zu werden pflegt. Dieses darf und muß um so mehr da geschehen, wo selbst Landesgesetze andeuten, daß dergleichen Milderungsgründe berücksichtigt werden sollen. In den Churbraunschweigischen Landen giebt das vorhin angeführte Rescript v. 1743. selbst hierzu Anlaß, indem es zwar gebietet, daß die ermangelnde Qualität eines großen Diebstahls von der Todesstrafe nicht befreyen soll, aber zugleich die Einschränkung, "wenn keine andere Umstände pro mitiganda poena vorhanden sind", hinzufügt; woraus, nach dem Zeugnisse eines einheimischen Schriftstellers, q) mit Recht gefolgert wird, daß dem Umstande der Geringfügigkeit des Diebstahls zwar die Kraft, für sich allein zu mildern, nicht aber die Kraft der Mitwirkung neben andern Milderungsgründen genommen sey, und daß, wenn die Todesstrafe aus sonstigen Gründen wegfällt, bey Bestimmung des Grades der außerordentlichen Strafe der Mangel der gesetzlichen Summe, wie auch die Wiedererstattung des gestohlnen Guts, mit in Betrachtung komme. Zu den von eben diesem Schriftsteller aus den Jahren 1792 u. 1794 bekannt gemachten Fällen einer zuerkannten Karrenstrafe oder öffentlichen Arbeit zum Festungsbau auf Lebenszeit, füge ich noch folgenden v. J. 1795 hinzu.

Joh.

q) G. J. F. Meister a. a. O. S. 118. f.

Joh. Bernh. D. hatte schon in der frühen Jugend verschiedene kleinere Dieberenen begangen, und war deshalb mehrmals ausgepeitscht worden. Im J. 1773 war er wegen eines beträchtlichern Diebstahls zur öffentlichen Arbeit am Festungsbaue auf zwey Jahre, und im J. 1781 wegen eines abermaligen Diebstahls mit zwölfjähriger Karrenstrafe belegt. Seit seiner Entlassung im J. 1793 hatte er bey verschiedenen Handwerkern als Handlanger gearbeitet, als er im J. 1795 einen neuen Diebstahl begieng. Er faßte nemlich an einem Abende beym Spatzierengehen auf der Straße den Gedanken, einiges Weißzeug, das er am vorhergegangenen Tage im untern Stockwerke eines Hauses hinter dem Fenster auf einer Stuhllehne im Vorbeygehn erblickt hatte, und dessen er sich nunmehr erinnerte, zu stehlen, stieg zu dieser Absicht sogleich an der Wand heran, holte mit einem Griffe aus dem offenen Fenster einen Rock und ein Camisol, das auf dem Stuhle lag, heraus, und suchte das Gestohlne unter seiner Jacke zu verbergen. Als er aber in dem Augenblicke gewahr ward, daß ein Bedienter R. auf der Straße hinzu kam, wandte er sich um die Ecke des Hauses, und warf die Sachen in eine Gosse. Der Bediente R. redete ihn auf den Diebstahl an: er leugnete aber gegen diesen, und während dieser, um sich nach den fehlenden Sachen zu erkundigen, in das Haus gegangen war, holte er die Sachen aus der Gosse hervor, warf sie wieder in das Fenster hinein, und

gieng

gieng davon. Bey dem Verhöre behauptete der Inquisit, er habe das Gestohlne in der Absicht in die Gosse geworfen, um es, sobald R. sich entfernen werde, wieder in das Fenster zu werfen, weil er gesehen, daß es keine Hemden gewesen, wie er geglaubt, und es blieben zwischen seinen Aussagen und denen des R. einige, obwohl unwesentliche, Verschiedenheiten zurück. Zu seiner Entschuldigung führte er an, daß er in dem vorhergegangenen Winter in Mangel gerathen sey, auch deshalb verschiedene Kleidungsstücke habe versetzen müssen, und es ihm vornemlich an Hemden gefehlt habe. Der gestohlne Rock war zu 1 rthl. 6 mgr., und das Camisol zu 18 mgr. taxirt. Der dritte Diebstahl betrug, mit den beiden vorhergegangenen zusammengerechnet, nur 7 rthl. 33 mgr. C. M. Die Personen, bey welchen der Inquisit seither gearbeitet hatte, bezeugten, daß er an ihnen keine Untreue begangen habe. Da nun sämmtliche Diebstähle blos gelegentlich verübt, und nicht mit gefährlichen Umständen begleitet waren, da selbst der dritte Diebstahl nicht mit Einsteigen, sondern nur mit Heransteigen in ein fünf Fuß hohes Fenster geschehen, folglich kein gefährlicher Diebstahl war, und da die auf der Stelle erfolgte Rückgabe der noch nicht einmal in Sicherheit gebrachten Sachen, nebst der Geringfügigkeit derselben, in Verbindung mit den übrigen Gründen in Betrachtung zu ziehen war; so ward der Inquisit zwar mit der Todesstrafe verschont, jedoch in Rück-

sicht

sicht auf seinen von Jugend an, des genossenen Unterrichts ungeachtet, bewiesenen Hang zum Stehlen, und auf die weder durch die frühern Züchtigungen, noch durch die zweymalige beträchtliche peinliche Strafe bewirkte Besserung, zu einer seiner von Aerzten untersuchten körperlichen Beschaffenheit angemessenen Leibesstrafe, zu der Karrenstrafe auf Lebenszeit, verurtheilt.

XV.

Ueber die Strafe des Pferdediebstahls.

Nach den Grundsätzen des neuern Römischen Rechts gilt der Pferdediebstahl als ein Abigeat, wenn er von weidender Heerde, oder aus einem von bewohnten Orten entfernten Weide-Stalle, hingegen als ein gemeiner Diebstahl, wenn er auf andere Weise verübt wird. a) Denn obgleich vormals das Stehlen des Viehes, wie jeder Diebstahl, als ein bloßes Vergehen mit einer an den Bestohlnen zu entrichtenden Privatstrafe belegt wurde; so sah man doch in der Folge, da in manchen Gegenden Ackerbau und Viehzucht durch häufiges, oft gewaltsames, und von Meh-

a) *L. 1. §. 1. u. 3. D de abigeis. (XLVII. 14.)* *G. L. Boehmer* diss. de abigeatu et furto equorum, (Goetting. 1742. in Elect. iur. ciu. T. III. N. XXI.) cap. I. §. 26. 27.

Mehreren zusammen begangenes Wegtreiben des Viehes von der Weide, bald einzeln, bald heerdenweise, gestohlen waren, sich genöthigt, dieses Verfahren, welches nicht selten wie ein Gewerbe getrieben ward, als ein eigentliches Verbrechen, unter dem Namen des Abigeats, zu behandeln und öffentlich zu bestrafen. b) Die Bestimmung der Strafe blieb dem richterlichen Ermessen überlassen, und man strafte da am strengsten, wo das Verbrechen von den gefahrvollsten Umständen begleitet war, oder wo es am meisten überhand genommen hatte. c) Zum

b) *L. 3. §. vlt. D. eod.* erwähnt einer epistola Traiani hierüber.

c) *L. 1. §. 2. L. 3 pr. D. eod.* Vergl. *Püttmanni* Aduerſar. iur. L. II. c. 27. *L. 16. D. de poenis*, ſ. *Boehmer* l. c. §. 8-12. In *L. 1. pr. D de abig.* ſteht folgendes Reſcript des Hadrian: Abigei cum duriſſime puniuntur, ad gladium damnari ſolent, [d. i. ad ludum gladiatorium. S. *Pet Faber* Semeſtr. II, 11. *Chr Thomaſius* diſſ. de abigeatu, §. 79 ſq. in Diſpp. Halenſ. T. I.] Puniuntur autem duriſſime non vbique, ſed vbi frequentius eſt hoc genus maleficii; alioquin et in opus et nonnunquam temporarium damnantur. Ideoque puto, apud vos quoque ſufficere genus poenae, quod maximo huic maleficio irrogari ſolet, et ad gladium abigei dentur; aut ſi quis tam natus et tam grauis in abigendo fuit, vt prius ex hoc crimi-

Zum Abigeat der Pferde schien, wegen des höheren Werthes und der größern Nutzbarkeit derselben, schon ein Stück hinreichend zu seyn: dagegen erforderte man bey geringeren Vieharten, z. B. bey Schaafen, mehrere Stücke. Das Stehlen eines Pferdes aus dem Stalle, wo es allein stand, oder einer kleinen Anzahl von geringerem Viehe, ohne Rücksicht auf den Ort, galt, so lange keine beschwerende Umstände, z. B. Wiederholung, oder gebrauchte Gewalt eintraten, als ein bloßer Diebstahl, wobey jedoch, außer der Forderung der Privatstrafe, nach Befinden auf eine außerordentliche öffentliche Strafe angetragen werden konnte. d)

Unter den alten deutschen Völkerschaften war bey den Sachsen auf den Pferdediebstahl überhaupt die Todesstrafe, aber bey den Franken, Alemannen und andern eine verschiedentlich bestimmte öffentliche Geldstrafe, oder der vervielfältigte Betrag des Werthes gesetzt. Der Unterschied zwischen dem Abigeat und dem gewöhnlichen Viehdiebstahle war also den Deutschen unbekannt. Nur in Theoderichs Rechtssammlung für die Ostgothen war hierin das Römische Recht bey-

crimine aliqua poena adfectus sit, hunc in metallum dari oportere.

d) *Paulli* Rec. sentent. lib. V. tit. 18. §. 1. L. vlt. D. de furtis. S. *Boehmer* l. c. §. 32.

beybehalten. e) In den beyden Rechtssammlungen des Mittelalters, dem Sachsen- und dem Schwabenspiegel ist die Todesstrafe überhaupt auf den an Sachen von einem gewissen Werthe begangenen Diebstahl gesetzt. Diese mußte daher insbesondere auch bey dem Pferdediebstahle eintreten. Für die Beraubung des Pfluges, mithin auch für das Stehlen der Pferde vom Pfluge, ist sogar die Strafe des Rades bestimmt: f) auch ist in der Ordnung des fünfjährigen Landfriedens v. J. 1398 der Pflug mit seinen Pferden gegen Angriffe und Beschädigungen gesichert worden. g) Mit der Ausbreitung des Römischen Rechts in Deutschland fiengen Einige an, den Abigeat nach den Grundsätzen desselben zu beurtheilen. In Tengler's Layenspiegel h) heißt es: "Wer ain Heerde Vieh zerstrewt und davon stilt, heißt Abigeatus", und dieses Verbrechen wird an einer

e) Lex Saxonum tit. IV. §. 1. L. Salica tit. XLI. §. 1. L. Alemann. c. 69. §. 1. L. Wisigoth. lib. VII. tit. 2. 13. sq. L. Langobard. lib. 3. c. 17. Edict. Theoderici, c. 57. Man s. *Boehmer* l. c. cap. II. §. 33-52.

f) Ius prou. Sax. lib. II. art. 13. vergl. Glossa ad lib. II. art. 48. Ius prou. Alem. c. 114.

g) Vergl. Friedrichs II. Auth. *Agricultores Cod. quae res pignori obligari possunt. c. 2. X. de treuga et pace.*

h) fol. 181. Ausg. v. 1512.

einer andern Stelle mit den Worten: "Item die yemands sein Vieh von der Waid oder Herd, reuplich oder dieplich nemen", beschrieben. Jedoch blieben die einfacheren deutschen Begriffe vom Stehlen des Viehes, und besonders der Pferde, immer herrschend.

In der Peinl. Gerichtsordnung Karls V. ist der Abigeat nicht als eine besondere Art des Diebstahls aufgeführt. Der deutsche Begriff des Diebstahls, als eines eigentlichen Verbrechens, und die neu festgesetzten Regeln von der Bestrafung dieses Verbrechens, schienen die Römische Distinction zwischen dem Abigeat und dem gemeinen Diebstahle entbehrlich zu machen. i) Es müssen daher, in Ermangelung particulärer Gesetze, die Grundsätze der P. G. O. vom Diebstahle überhaupt zur Anwendung gebracht werden. Mithin ist die Strafe verschieden, je nachdem das gestohlne Pferd den Werth von fünf Gülden (Ducaten) übersteigt, oder nicht, je nachdem der Pferdedieb zum erstenmale, oder wiederholt gestohlen hat, und je nachdem der Diebstahl mit Erbrechen, etwa des Stalles, oder mit Einsteigen, etwa mit einer Leiter, oder mit Waffen, womit etwa den Wäch-

i) *Kress* Comm. ad C. C. C. art. 165. §. 1. n. 3. Vergl. *Carpzov* prax. rer. crimin. P. II. qu. 86. n. 40 sq. *Harpprecht* diss. de abigeatu, §. 38 sq.

Wächtern hätte Widerstand geleistet werden können, begangen worden ist. Auch finden dieselben Milderungsgründe, wie bey dem an andern Gegenständen verübten Diebstahle, Statt. Indessen muß bey Zuerkennung der Strafe, in so fern nicht von der Todesstrafe die Rede ist, allerdings zugleich darauf, daß durch das Stehlen der auf der Weide gehenden Pferde die öffentliche Sicherheit mehr, als bey einem gewöhnlichen Diebstahle, Gefahr läuft, Rücksicht genommen, und hiernach der Grad der Strafe bestimmt werden. Sind in einem Lande eigene von dem gemeinen Rechte abweichende Gesetze über den Diebstahl vorhanden; so sind diese gleichfalls auf den Pferdediebstahl, wenn sie nicht noch etwas besonders von demselben verordnen, nach den eben angeführten Rücksichten anzuwenden. Ist auch an Personen, etwa an den Hütern, Gewalt zur Bewerkstelligung des Diebstahls verübt worden; so tritt der Begriff des Raubes ein.

Allein in verschiedenen Ländern, insbesondere wo die Pferdezucht ein beträchtliches Gewerbe ausmacht, wird der ohnehin für den Ackerbau so schädliche Pferdediebstahl entweder überhaupt, oder wenigstens unter gewissen Umständen härter, als andere in Ansehung des Gegenstandes weit wichtigere Diebstähle, bestraft, und selbst einige Milderungsgründe, die sonst nach den bey Diebstählen eingeführten Rechtsgrundsätzen angenommen werden, sind von den Ge-

setzge-

setzgebern verworfen worden. Auf diese Weise ist hin und wieder sogar die Todesstrafe, ohne die sonstigen Rücksichten festgesetzt, welche dann, wenn anders die Erfordernisse des Gesetzes beysammen sind, nicht anders, als auf dem Wege der Gnade erlassen, und in eine angemessene, allenfalls lebenswierige Leibesstrafe verwandelt werden kann. Es kann und soll jedoch der Richter in einzelnen Fällen alle in dem Gesetze nicht verworfene und weder dem Buchstaben, noch der Absicht desselben zuwiderlaufende Gründe, durch welche die ordentliche Strafe unanwendbar gemacht wird, auf das genaueste berücksichtigen. — In Mecklenburg sollen nach einem landesherrlichen Rescripte v. 5. April 1777, und nach einer Patent-Verordnung v. 15. April 1788 alle und jede Pferdediebe, wenn sie der That geständig und überwiesen sind, schlechterdings und unabbittlich mit dem Strange bestraft werden. In Schwedisch-Pommern findet nach den Patenten v. 24. Febr. 1779, und v. 17. Febr. 1786 der Vieh- und Pferdedieberey halber drey- bis vierjährige Karrenstrafe Statt, welche jedoch dem Befinden nach zu erhöhen ist, und bis zur Strafe des Galgens ausgedehnt werden kann. k) Insbesondere ist im Braunschweig-Lüneburgischen die Gesetzgebung mehrmals mit diesem Gegenstande beschäftigt gewesen. Schon Herzog Ernst August gab deshalb eine Verordnung

v. 20.

k) Quistorp a. a. O. §. 366. Not. *

v. 20. Nov. 1686, welche am 17. Febr. 1698 erneuert wurde. l) Die Herzoge Rudolph August und Anton Ulrich erließen folgendes Edict d. d. Wolfenbüttel, 25. Nov. 1695: "Nachdem Wir mit besondern ungnädigen Misfallen wargenommen, wie eine Zeithero die Pferde-Dieberey in Unsern Landen dermassen eingerissen, und gemein worden, daß die Pferde nicht nur im Felde und auf der Weyde, sondern auch sogar in denen Ställen und Häusern nicht mehr sicher seyn noch genugsahm verwahret werden mögen, worüber verschiedene Unsere getreuen Unterthanen theils gantz zurück und in äussersten Ruin, zum wenigsten aber in so schlechten Stand gesetzt worden, daß sie ihren Acker-Bau der Gebühr vorzustehen, folglich dem publico oder Guhts-Herrn das Seinige zu leisten und zu entrichten sehr gehindert worden, daß Wir dahero solchen höchst straffbahren Verbrechen so viel immer müglich ferner auffs kräftigste zu steuren, bey dessen so gar sich äusernden Ueberhandnehmung die sonst in denen peinlichen Rechten darauff gesetzte Straffe auf gewisse Maasse exasperiren und zu schärffen allerdings nöthig gefunden. Wir setzen demnach, ordnen und wollen hiemit und in Krafft dieses, daß, wer ins künfftige in Unsern Fürstenthum und Landen einige Pferde auf dem Felde oder der Weyde, deßgleichen auß denen Häusern und Stallungen bößlicher Weise zu entfüh-

l) *G. L. Boehmer* l. c. §. 66. not. h.

entführen und zu entwenden sich gelüsten lassen, auch darauff betreten, oder des sonsten wie sichs zu recht gebühret, überführet werden wird, derselbe, er sey wer er wolle, Einheimisch oder Frembd, von Unserer Militz oder sonst andern Unseren Unterthanen, auch ohne Unterschied, ob er dergleichen Dieberey vorhin mehr verübet oder nicht, ferner ob jemand den Diebstahl selber verübet oder nicht, desgleichen ohne einig Absehen auf des gestohlnen Pferdes Wehrt, Alter und andere qualitæten, item ob es nachgehends restituiret worden oder nicht, ferner, ob jemand den Diebstahl selber verübet, oder dazu, um davon zu participiren, mit Wachhalten oder sonsten geholffen und in einigerley Weise dabey concurriret, ohne einige Gnade mit dem Strang vom Leben zum Tode gerichtet werden solle. Daferne auch der Diebstahl noch gänzlich nicht vollbracht, sondern der Dieb in conatu actui proximo, das ist: auff einen solchen Vorsatz und Unternehmen, woran zur endlichen That wenig mehr gefehlet, ergriffen, desgleichen da jemand den Diebstahl zwar selber nicht begehen oder auch vorerwehnter massen mit würcklicher Hülffleistung dazu nicht contribuiren, sondern nur allein Raht und Anschläge dazu geben, jedoch aber hernachmahls wissentlich von dem gestohlenen participiren würde, so soll in allen solchen und dergleichen Fällen die sonst in peinlichen Rechten oder denen Kriegs-Articuln geordnete Straffe ebenmässig geschärffet, und selbige befundenen Umständen

nach

nach härter als bey andern Diebstahl gestraffet werden. Und damit im übrigen dergleichen Diebs-Gesinde hinfürter desto leichter erkandt und außgeforschet, nicht aber unter dem Nahmen von Roß-Tausch-und Händlern durchschleichen, auch die Unschuldige um so viel besser und ungehinderter überall pass- und repassiren mögen; So ordnen und wollen wir ferner, daß alle diejenige, zumahln Frembde und Ohnbekandte, so hinkünfftig Pferde in Unsern Fürstenthum und Landen zukauffen und hinauß, oder auch anderwerts erhandelte dadurch zu bringen gemeinet, auff dem ersten oder nechst gelegenen Ambt und Ort sich mit beglaubten Pässen (die ihnen dann überall ohne Entgelt ertheilet werden sollen), worinnen zu exprimiren, wie viel Pferde ein oder der anzu erkauffen auch auß- oder durchzuführen gewillet, versehen, auch solche auff Erfordern bey denen Zollstätten und sonst vorzeigen sollen. Wir gebieten darauff Unsern Cantzler und Rähten, desgleichen denen bey Unsern Regimentern zu Roß und Fuß commandirenden Chefs, auch Unsern Gerichts-Herrn, Obrigkeiten und Beambten, welchen peinliche Gerichte von Unsertwegen oder vor sich selbst zu hegen zukömmet und gebühret, daß sie auff vorkommende Fälle nach dieser Unserer Verordnung in sententionando sich allezeit richten, auch selbige denen zu Einholunge peinlicher Urtheil außwerts verschickenden Acten jedesmal mit beyzufügen, im übrigen Unsern Beambten und Befehlshabern so in Städten

als

als auff dem Lande hiemit gnädigst und ernstlich anbefehlende, auff die etwa vorgehende Pferde-Dieberreyen fleißig acht zu haben, genaue Nachforsch- und Erkundigung darüber einzuziehen, insonderheit aber diejenige, welche ein oder andern Orts mit einem oder mehr Pferden unter einigen Verdacht sich finden lassen werden, und die erforderenden Pässe nicht vorzuzeigen haben, oder auch sonsten von ihrem Thun und Wesen unverdächtige Rede und Antwort nicht geben können, sofort anzuhalten, und darunter nach Befinden die Nothdurfft weiter gebührend zu beobachten, dahingegen aber diejenige, so sich geziemend anmelden und ohne Verdacht befunden werden, ohnaufhältlich passiren zu lassen, und ihnen benöthigte Pässe oberwehnter massen ohnentgeltlich zu ertheilen, oder die bereits habende zu unterschreiben." Dieses Edict wurde durch eine spätere Verordnung d. d. Wolfenbüttel, 20. Aug. 1706. wiederholt und von neuem eingeschärfft. Beide wurden nicht nur durch den öffentlichen Druck bekannt gemacht, sondern es wurde auch anbefohlen, selbige überall von den Kanzeln zu verlesen, und an gewöhnlichen Orten, insbesondere an Pässen und Grenzorten, zu affigiren, auch bey dem Militär zu publiciren. — Da das Verbrechen ungeachtet der gesetzlichen Strenge insonderheit im Herzogthum Zelle sehr überhand genommen hatte; so ward dadurch folgende mit der angeführten Br. Wolfenbüttelschen fast ganz übereinstimmende Verordnung des Churfürsten Georg Ludwig d. d.

Hanno-

Hannover v. 22. Nov. 1708. m) veranlaßt: "Demnach bisher angemerket worden, daß in Unsern Churfürstenthum und Landen die Pferdedieberey eine zeithero gar häufig vorgegangen, ja dieselbe solchergestalt überhand genommen, daß Unsere Unterthanen ihre Pferde so wenig in offenen Feldern, Weyden und Wiesen, als auch in den Ställen gestohlen worden, wodurch dann geschehen, daß diejenige, so solches betroffen, indem sie den Acker in Ermangelung der Pferde nicht gehörig bestellen können, in die äußerste Armuth gesetzet, und folglich die dem Publico und den Gutsherrn schuldige Praestanda abzustatten, gantz untüchtig und incapables gemacht worden, daß Wir dannenhero solchen fast immer mehr und mehr einreißenden höchst strafbaren Verbrechen zu steuren, und die in peinlichen Rechten sonst gesetzte Straffe zu schärffen, Uns um so viel mehr gemüßiget befinden, als Uns für Unserer Unterthanen Wohlfahrt, und daß einem jeden das seinige gelassen werde, zu sorgen oblieget. Setzen demnach, ordnen und wollen, daß der- oder diejenige, so nach publicirung des Edicts in Unsern Churfürstenthum und Landen, es sey im Felde, Weyden und Wiesen, oder auch in Häusern und Ställen, Pferde-Diebereyen auszuüben, ihnen unternehmen, und darüber entweder betreten, oder doch dessen zu recht überführt seyn werden,

m) Chur-Braunschw. Lüneb. Landes-Ordnungen und Gesetze, Th. II. z. Gebrauch des Calenb. Theils, N. C. S. 682. f.

werden, sie seyn fremde oder einheimische, von Unser Soldatesque oder sonst Unsern Unterthanen, ohne Unterschied, ob sie dergleichen Pferde-Diebstahl ein- oder mehrmalen verrichtet, imgleichen ohne einiges Ansehen auf den Wehrt, oder das Alter des gestohlenen Pferdes, auch ob dasselbe restituiret sey oder nicht, nicht weniger ob sie solches selber gestohlen, oder auch nur bey der That selbst durch Wachthalten, oder sonsten würklich concurriret, um davon zu participiren, ohne einzige Gnade mit dem Strange vom Leben zum Tode gebracht werden sollen. Da auch solcher Pferde-Diebstahl noch nicht vollenführet, und der Dieb bey dem tendirenden Verbrechen, oder auch hernach betreten, imgleichen da jemand solchen Diebstahl zwar selbsten nicht verrichtet, oder auch vorerwehnter massen dabey würklich nicht concurriret, davon aber wissentlich participiren, oder Anschläge, ohne einige mehrere concurrenz oder Hülffleistung, geben würde; soll in allen und jeden solchen Fällen nicht nur die in den gemeinen peinlichen Rechten, auch denen Krieges-Articuln sonst gesetzte Straffe geschärffet, sondern auch in specie solche angetroffene Hehler und Rahtgeber nach Befinden mit unausbleiblicher Lebens- oder wenigstens scharffer Leibes-Straffe beleget werden. Und damit dergleichen gottloses Diebes-Gesinde, welches offtmals unter dem Nahmen der Pferde-Händler und Roßtäuscher auf Pferde-Dieberey ausgehen, desto besser ausgeforschet werden, andere

aber

aber desto ungehinderter pass- und repassiren mögen; So ordnen und wollen Wir ferner, daß alle diejenigen, zumahl unbekannte und ausländische, welche Pferde in Unsern Churfürstenthum und Landen kauffen, und hinaus bringen wollen, an dem Ort, wo sie in diesem Unsern Churfürstenthum und Landen die Pferde gekauffet, ihnen ein beglaubtes Attestatum, in welchen nicht allein wie viel Pferde es seyn, so sie gekauffet, sondern auch von welcher couleur dieselbe seyn, und wie sie sonst beschaffen, specificiret, geben lassen, und solches bey den letzten Paß vorzeigen, und ohne demselben nicht passiret werden sollen. Wir wollen auch demjenigen, welcher entweder den Pferde-Dieb, oder den, so dabey interessiret, der Obrigkeit nahmhaft machen, und in dero Hände lieffern wird, zum recompens und zwar von jedem gestohlnen Pferde 5 Thlr. aus des also attrapirten Diebes oder interessenten Gütern und Vermögen reichen lassen, und soll dazu sein Name verschwiegen bleiben. Wir gebieten und befehlen darauf Unsern zur Justitz-Cantzley verordneten Geheimten Raht, Vice-Cantzlern und Rähten, nicht weniger denen, welche bey Unser Soldatesque peinliches Kriegs-Recht halten, wie auch denen von der Ritterschaft und andern Obrigkeiten, welche die peinliche Gerichte zu recht hergebracht, daß sie bey ereugenden Fällen sich nach dieser Unser Verordnung richten, auch denen zu auswärtig einzuhohlenden peinlichen Urteln verschickenden Acten dieselbe mit beyfügen

fügen sollen. Befehlen auch daneben allen und jeden Unsern Beamten, Bürgermeistern und Rahtmännern, auch sonsten allen übrigen Befehlshabern in Städten und auf dem Lande, daß sie auf solche Pferd-Diebereyen aufs fleißigste acht haben, und deswegen genau Nachforsch- und Erkundigung einziehen, insonderheit die zumahlen unbekannte Leute, welche unter einigen Verdacht mit einem oder mehr Pferden befunden werden, und oberwähnter massen keine Pässe zu produciren haben, oder auch ohnverdächtige Antwort von ihrem Thun und Wesen nicht geben können, zur Hafft bringen lassen, und darunter die Nothdurfft weiter beobachten, daneben aber diejenigen, so sich deswegen geziemend anmelden, ohne allen Auffenhalt, und ohne Entgeld vorbedeutender massen mit nothdürftigen Pässen versehee. Damit auch niemand einiger Unwissenheit halber sich zu entschuldigen habe; soll diese Unsere Verordnung nicht allein an gewöhnlichen Orten affigiret, sondern auch öffentlich von der Cantzel abgelesen, und weniger nicht dieselbe bey Unser Soldatesque besonders publiciret werden." Zugleich ward das Edict mit einem Ausschreiben der Churfürstl. Regierung begleitet, wodurch anbefohlen war, dasselbe aller Orten und sonderlich in den Krügen und Wirthshäusern wiederum öffentlich zu affigiren, alle Jahre auf eine gewisse Zeit von denen Cantzeln ablesen, und sonsten publiciren zu lassen, damit solches Jedermann bekannt werden sollte. Weil aber dieser Befehl nicht

gehörig befolgt worden war, setzte ein anderweites Ausschreiben der Königl. Regierung zu Hannover v. 1. Juu. 1735. alle Jahr den 6. Sonntag nach Trinitatis zum Ablesen von den Kanzeln fest. n) Das Edict ist nachher unter dem 4. Dec. 1699 zugleich auf das Herzogthum Lauenburg erstreckt, und daselbst am 31. März 1732 erneuert, auch im J. 1731 im Herzogthum Bremen promulgirt worden. o) Bey näherer Betrachtung des Gesetzes zeigt sich zuförderst, daß dasselbe sich über alle Arten des Pferdediebstahls erstreckt. Denn die Worte: "es sey im Felde, Weiden und Wiesen, oder auch in Häusern und Ställen," deuten blos auf die gewöhnlicheren Fälle hin, und schließen andere Oerter, wo sich Pferde befinden, z. B. in Wäldern, Gärten, oder auch an offenen Wegen, nicht aus. p) Auch sind unter den Häusern und Ställen sowohl unverschlossene als verschlossene zu verstehen, da die Gründe des Gesetzes, welche die Worte selbst lehren, allgemein sind, und das Gesetz hierin keinen Unterschied macht. q) Ferner kömmt die Größe des Diebstahls nicht in Betrachtung. Denn das Gesetz gebietet die Todes-

n) Daselbst S. 782.

o) *Boehmer* l. c. §. 68.

p) Beyspiel eines auf öffentlicher Straße begangenen Pferdediebstahls s. bey *Boehmer* l. c. §. 69.

q) v. Bülow u. Hagemann Practische Erörterungen, Th. II. Num. 31.

Todesstrafe ganz ausdrücklich ohne Rücksicht auf das Alter und den Werth des Pferdes. Eben so wenig ist nach den Gesetzesworten ein Unterschied zu machen, ob der Verbrecher den Pferdediebstahl zum erstenmale, oder mehrmalen verrichtet hat, und es kann mithin im letztern Falle nicht darauf gesehen werden, ob er schon einmal des Pferdediebstahls halber gestraft worden sey, oder nicht. Es soll auch die Rückgabe des Pferdes, oder die Erstattung des Werthes in der Strafe nichts ändern, weil die Strenge des Gesetzes hauptsächlich auf den Nachtheil für das gemeine Wesen gebauet ist. Hieraus folgt zugleich, daß der Erlaß des Bestohlnen die Strafe nicht mildere. Weiter bestimmt das Gesetz die Todesstrafe für jeden im Lande verübten Pferdediebstahl, er sey von Einheimischen oder Fremden verübt. Dagegen muß ein solcher bey inländischen Gerichten in Untersuchung gekommner und zu bestrafender Diebstahl, wenn er von einem Einheimischen im Auslande begangen ist, weder nach diesem Gesetze, noch nach den besondern Gesetzen des Auslandes, sondern nach den gemeinen Rechten beurtheilet werden; r) welches bey einem im Lande begangenen, aber im Auslande untersuchten und zu bestrafenden Diebstahl ebenfalls gilt. s) In Absicht der Theilnehmer bestimmt das Gesetz die Todesstrafe für jeden, der am Diebstahle wirk-

r) *Boehmer* l. c. §. 70.

s) Gründe und Beyspiele führt *Boehmer* l. c. §. 74-78. an.

wirklichen Antheil gehabt, und Gewinn davon zu ziehen beabsichtigt hat. Sie findet also zwar gegen denjenigen Statt, welcher in dieser Absicht unmittelbar, "durch Wachthalten, oder sonst", etwa durch Festhaltung des Pferdehüters oder durch Herbeyschaffen, oder Umhängung der Zügel zum Wegbringen der Pferde, beygetragen hat, aber nicht gegen denjenigen, welcher blos vorher durch Rath oder That, etwa durch Leihen der Zügel, das Verbrechen befördern geholfen, oder bey der That selbst, jedoch ohne die Absicht zu participiren, behülflich gewesen, oder die bereits vollbrachte That wissentlich durch Verheelen, Verkauf, Wegschaffen, oder sonst, in der Absicht zu participiren, begünstigt, oder dem Diebe die Entweichung erleichtert hat, indem das Gesetz hierauf eine harte Leibesstrafe setzt, in deren Stelle jedoch wegen beschwerender Umstände sogar die Todesstrafe eintreten könne. Sie findet ferner Statt, sobald Jemand bey der That die Absicht, einen Antheil am Gewinn zu ziehen, gehabt hat. Denn da auf den Werth des Gestohlnen keine Rücksicht genommen werden soll; so kann der wirkliche Theilnehmer des Verbrechens um deswillen, weil ihm der beabsichtigte Gewinn auf irgend eine Weise entgangen ist, zwar im Wege der Gnade, aber nicht im Wege Rechtens von der ordentlichen Strafe freygesprochen werden. t) Auf den Fall, "wenn der Pferdediebstahl noch nicht vollführet, und der Dieb bey

t) Daselbst §. 80 u. 81.

bey dem tendirenden Verbrechen oder auch hernach betreten", soll zwar in der Regel blos die nach dem gemeinen Rechte Statt findende Strafe geschärft, jedoch "nach Befinden Lebens- oder wenigstens scharfe Leibesstrafe" erkannt werden. Daß dieses weder auf den bloßen Vorsatz, so fern er sich noch nicht durch Handlungen geäußert hat, noch auf den Anfang des Verbrechens zu beziehen sey, sondern eine der Vollbringung desselben sehr nahe kommende Handlung voraussetze, geht schon aus den Worten des Gesetzes nicht undeutlich hervor, und ist in der Lauenburgischen Verordnung v. J. 1699 mit den Worten: "Daferne auch der Diebstahl noch gänzlich nicht vollbracht, sondern der Dieb in conatu actui proximo, das ist, auf einem solchen Vorsatz und Unternehmen, woran zur endlichen That wenig mehr gefehlet, ergriffen, u. s. w." noch etwas genauer bestimmt. u) Da nun vermöge des Gerichtsgebrauchs der Diebstahl überhaupt alsdann für unvollbracht gehalten wird, wenn der Dieb ertappt worden, bevor er die gestohlne Sache in Sicherheit gebracht hat; so ist zum Eintritt der ordentlichen Strafe zwar auf der einen Seite nicht erforderlich, daß der Pferdedieb an den Ort gelangt sey, wohin er die gestohlnen Pferde bringen wollen, aber auch auf der andern

u) Eben dieselben, eine genauere Bestimmung enthaltenden Worte kommen in der Verordnung d. d. Wolfenbüttel 1695 vor.

andern Seite nicht hinreichend, wenn er selbige in seine Gewahrsam, mithin an einen solchen Ort gebracht hat, wo er geglaubt, außer Gefahr, ergriffen zu werden, sich einige Zeit aufhalten zu können. Es würde daher der Verbrecher, der mit dem Pferde schon bis nach einem benachbarten Orte geritten, aber daselbst ertappt worden wäre, obwohl er den Vorsatz gehabt, das Pferd weiter fortzubringen, zum Strange, hingegen derjenige, der mit dem Pferde auf der Flucht, und ehe er den Ort erreichen können, wo er damit sicher zu seyn vermeinet, ertappt worden, zur Karrenstrafe verurtheilt werden müssen. v) Noch unbedenklicher müßte die ordentliche Strafe des Pferdediebstahls wegfallen, wenn der Dieb annoch bey Wegräumung der Hindernisse am Orte des zu begehenden Verbrechens beschäftigt gefunden wäre. Der Grad der außerordentlichen Strafe müßte alsdann nach den zur Vollbringung der That bereits gemachten Vorschritten, und nach der Ursache, welche den Dieb von der Vollbringung abgehalten hat, je nachdem solche in eigener Reue, oder in der Wachsamkeit des Eigenthümers, oder im äußern Widerstande bestanden, verschiedentlich bestimmt werden. Auch sonst findet die Todesstrafe nach dem Gesetze selbst nicht Statt, wenn sich ergiebt, daß die Absicht eines

v) Struben Rechtliche Bedenken, Th. IV. Bed. 91. wo zugleich Fälle vorkommen.

eines Gewinnes nicht vorhanden gewesen sey. w) Ferner fällt sie nach allgemeinen Grundsätzen des peinlichen Rechts bey Unmündigen weg, weil diese des dabey vorausgesetzten bösen Vorsatzes für unfähig geachtet sind. x) Minderjährige sind von derselben zwar weder nach dem Gesetze, noch nach sonstigen Rechtsgrundsätzen schlechthin befreyt, da sie des bösen Vorsatzes fähig gehalten werden: allein wegen besonders hinzukommender Gründe, wo sie aus Einfalt und schlechter Erziehung, aus Leichtsinn oder Verführung gesündiget haben, kömmt ihnen das mindere Alter billig zu statten. y) Eben daher ist die Minderjährigkeit im Gesetze selbst absichtlich gar nicht erwähnet, weil hierbey so vieles auf Nebenumständen beruhet. z) Da übrigens der Grund der gesetzlichen Strenge in der vorsätzlichen Verletzung der öffentlichen Sicherheit und des gemeinen Wohls liegt;

w) Nach *Boehmer* l. c. §. 83. ward ein Deserteur, der zur Beförderung seiner Flucht sich eines seinem Verwandten zugehörigen, und ihm auf sein Bitten abgeschlagenen Pferdes bedient hatte, zu öffentlichen Arbeiten auf drey Jahre verurtheilt.

x) P. G. O. Art. 164.

y) *L. 37. §. 1. D. de minoribus* sagt Tryphonin: *Interdum* miseratio aetatis ad mediocrem poenam iudicem producere debet.

z) *Boehmer* l. c. §. 86. giebt die besonderen Verhandlungen über diesen Punct v. J. 1734. an.

liegt; so muß in Fällen, wo ein geringerer Grad des Dolus vorhanden, und eben deswegen wenigere Gefahr für öffentliche Sicherheit und Wohlfahrt zu befürchten ist, insbesondere wo Einfalt und Verstandesschwäche hervorleuchten, eine Milderung eintreten.

Im J. 1799 gerieth Joh. Hinr. N. im Herzogthum Bremen wegen eines Pferdediebstahls in Untersuchung. Derselbe hatte in der Nacht Halfter und Zaum aus dem Vorschauer des Claus N. ergriffen, war damit nach der Weide gegangen, und hatte, nachdem er das an einem übergehängten Seile zugebundene Heck geöffnet, dessen Pferd herausgezogen, war damit an einen entfernten Ort geritten, und hatte es zum Verkauf öffentlich ausgeboten, auch einem Käufer für 10 Pistolen zu überlassen sich vereinigt, auf dessen Anzeige er aber arretirt, und das Pferd, welches auf 15 Pistolen taxirt worden, dem Eigenthümer wieder zugestellt ward. Es war also das Verbrechen, das er sofort eingestand, gänzlich vollbracht; und nach der oben berührten Verordnung v. J. 1740 erwartete den Thäter die Strafe des Stranges, da fast alle Umstände, welche nach dem gemeinen Rechte die Strafe gemildert hätten, vermöge des Gesetzes wegfielen. Allein er war noch nicht volljährig. Dabey war ihm kurz zuvor sein weniger Geldvorrath im Spiele, wozu er verführt war, abgenommen worden: er war dienstlos, und

hatte von seinen Eltern keine Unterstützung zu hoffen. Die That war nicht lange vorher überlegt worden, und er hatte bey ihrer Ausführung nicht die geringsten Schwierigkeiten zu überwinden gehabt. Durch das öffentliche Ausbieten des Pferdes hatte er gezeigt, daß es ihm an der zu einem gefährlichen Diebe erforderlichen Schlauheit fehle. Er war noch nie wegen eines Verbrechens in Untersuchung gewesen, und seine vormaligen Brodtherren bezeugten eidlich, daß er sich im Dienste stets treu und arbeitsam betragen habe. Er bewies auch jetzt durch Worte und That die bitterste Reue. Unter allen diesen begleitenden Umständen mußte die Minderjährigkeit gar sehr berücksichtigt werden, da er nicht für einen solchen gehalten werden konnte, der für die gemeine Sicherheit so gefährlich sey, als das strenge Gesetz voraussetzte. Er ward daher zur Karrenstrafe auf sechs Jahre verurtheilt.

Im Mecklenburgischen ward im J. 1795 eine Untersuchung wider Joh. Fr. L. und Joh. Hinr. B. wegen Pferdediebstahl verhängt. Beide hatten einige Pferde von der Weide heimlich weggeführet, selbige an einem etwas entfernten Orte verkauft, und das Geld unter sich getheilet. Die Richtigkeit dieser Thatsachen beruhte theils auf ihrem Eingeständnisse, theils auf eidlichen Zeugenaussagen. Denn obgleich anfänglich beide leugneten; so entdeckte doch L. nachher die That dem Gefangenwärter, welcher sie dem Gerichte

Gerichte anzeigte. L. genehmigte nicht allein die ihm aus dem Protocolle vorgelesene Anzeige sowohl im summarischen als im articulirten Verhöre, sondern beschrieb auch die Art, wie die That verübt worden, mit Hinzufügung verschiedener Umstände, sehr genau, und bewog bey der Confrontation den B. gleichfalls zu einem ausführlichen Bekenntnisse. Zwar wurden diese Eingeständnisse wegen angeblicher Suggestionen und Fehler im gerichtlichen Verfahren als ungültig angefochten. Allein diese Einwürfe waren ohne zureichenden Grund. Denn der Richter war berechtigt und verbunden gewesen, die Angaben, welche vornemlich die Person des Thäters betrafen, den Angeschuldigten vorzulegen, und die Antworten derselben waren angeführtermaßen nicht blos bejahend ausgefallen, sondern noch mit der Erzählung vieler einzelner Thatsachen begleitet worden, a) welche mit den eigenen Worten der Inquisiten aufgenommen waren. Die Fehler der Untersuchung sollten darin bestehen, daß das Gericht nicht bey allen und jeden Handlungen gehörig besetzt gewesen sey, daß manche Aussagen durch Drohungen erpreßt, und daß bey dem erstern nicht bemerkt worden, ob die Inquisiten bandenfrey gewesen. Gleichwohl waren alle Haupthandlungen der Untersuchung von dem durch Amtseid verpflichteten Richter und Gerichtsschreiber vorgenom-

a) Man s. Kleinschrod Ueber Suggestionen, §. 5. in dessen Abh. a. d. peinl. Rechte u. peinl. Proc. Th. I. Num. 2.

genommen, und es waren dabey die schon im Allgemeinen vereideten Gerichtspersonen zugezogen worden. Daß bey einigen Nebenhandlungen wegen Abwesenheit der letztern zwey andere nicht besonders vereidete Personen als Beysitzer gebraucht worden, und einmal bey der Fortsetzung eines Verhörs über das bereits eingestandene Verbrechen nur ein Beysitzer zugegen gewesen, daß bey einem Zeugenverhöre nur die Gegenwart des Richters und Gerichtsschreibers im Protocolle bemerkt, und die Protocolle nicht von den Beysitzern unterschrieben, auch einige derselben ziemlich unleserlich geschrieben, und mit Zusätzen am Rande versehen waren, bewies zwar größtentheils eine Unachtsamkeit, weshalb bereits eine oberrichterliche Weisung erfolgt war, konnte aber das ganze Verfahren nicht ungültig machen. b) Zum Bekenntnisse der Wahrheit hatten wiederholte scharfe Vermahnungen geschehen müssen, da die Inquisiten im Anfange geleugnet, und sich in Widersprüche verwickelt hatten. Allein es waren durchaus keine Gewaltthätigkeiten, welche die Freyheit des Geständnisses hindern können, angedrohet worden. Daß aber die Inquisiten bandenfrey abgehört worden, hatte in den erstern Protocollen nicht angemerkt werden können, weil sie, wie sich aus den Acten selbst ergab, im Anfange nicht gefesselt gewesen,

b) Quistorp a. a. O. §. 542. 543. 544. Not. g. u. §. 549. Not. e.

sen, sondern erst in der Folge bey vermehrten Anzeigen, und wegen besorgter Entweichung geschlossen worden waren. Die fremden Aussagen aber bestanden darin, daß die Bestohlnen den Diebstahl beschworen, daß Fährleute eidlich aussagten, wie die Inquisiten am nächsten Morgen nach dem vorgefallenen Diebstahl mit einigen Pferden über die Elbe gesetzt hätten, und daß der vorgewesene Käufer seine Angabe eidlich bestätigte. Der Diebstahl selbst war nicht blos gelegentlich verübt, sondern von den Inquisiten vorher überlegt worden. Denn diese waren geständlich schon am vorhergegangenen Tage nach der Wiese gegangen, um die zu entwendenden Pferde zu besehen, und hatten dann erst in der Nacht den Diebstahl selbst verübt. Daß der B. den Vorsatz zum Stehlen in der Trunkenheit gefaßt haben sollte, kam ihm auf keine Weise zu statten, da er Zeit genug zur Abänderung seines Entschlusses gehabt hatte. Demungeachtet war wegen verschiedener wichtigen Umstände die gesetzliche Strafe des Stranges nicht anwendbar. Denn erstlich erfordern die Landesgesetze zur Anwendung dieser Strafe ausdrücklich, daß der Pferdedieb "der That geständig und überwiesen" sey. Es gieng aber der Vollständigkeit des formellen Beweises in so fern etwas ab, als die Identität der gestohlnen Pferde, welche nicht mehr vorhanden waren, und denjenigen, welche von den Inquisiten über die Elbe gebracht und verkauft worden, bey den hierüber nicht völlig übereinstimmenden Aussagen

der Zeugen, vorzüglich nur auf dem Eingeständnisse der Inquisiten, und es fehlte mithin an dem höchsten Grade von gesetzlicher Gewißheit, die bey der Todesstrafe vorausgesetzt wird. c) Zweitens trägt die Armuth, ob sie gleich nicht bis auf das äußerste gekommen ist, dennoch zur Milderung der Strafe des Diebstahls alsdann etwas bey, wenn der Dieb bey fleißigem Betriebe seines Gewerbes sich und die Seinigen zu ernähren außer Stande gewesen, oder durch Unglücksfälle in Verfall der Nahrung gerathen ist. d) Die Inquisiten waren aber zuerst durch den Gedanken an ihre Schulden, aus welchen sie sich nicht anders zu retten glaubten, auf den Entschluß, zu stehlen, gebracht, und es war insbesondere dem L., einem Pferdehändler, kurz vorher nicht allein durch Einbruch in seiner Abwesenheit vieles Hausgeräthe, Kleider und Wäsche, sondern auch einst in einem Gasthofe auf der Streue seine Geldkatze abgeschnitten, und dadurch eine beträchtliche Summe entwendet worden. Drittens waren die Inquisiten noch nie wegen eines Verbrechens in Untersuchung gewesen, und hatten ein gutes Zeugniß ihrer ordentlichen Civilobrigkeit für sich, konnten folglich nicht als verleumdete Diebe, oder solche Verbrecher, von welchen

c) *S. F. Boehmer* Medit. ad C. C. C. art. 6. §. 15. Quistorp a. a. O. Th. I. §. 117. Not. b.

d) Struben Rechtl. Bedenken, Th. III. Bed. 137. Th. IV. Bed. 80. §. 5.

welchen keine Besserung zu erwarten stehe, angesehen werden. Es war zwar L. zugleich in die Untersuchung eines im vorhergegangenen Jahre anderwärts vorgefallenen Pferdediebstahls wegen angeblich wissentlichen Ankaufs der gestohlnen Pferde mit verflochten worden: allein es fiel ihm dabey keine solche Theilnehmung zur Last, um derentwillen er noch besonders strafbar gewesen wäre. Denn es ergab sich nicht, daß er diese mit Vorbewußt, daß sie gestohlen worden, an sich gekauft und wieder verkauft habe, sondern er hatte, wie ihm der bey dem Einkaufe als Gehülfe zugegen gewesene Bürger M. bezeugte, die Verkäufer zuvor ausdrücklich befragt, woher sie die Pferde hätten, und darauf von ihnen zur Antwort erhalten, daß sie solche in der Gegend von L. theils eingekauft, theils umgetauscht hätten. Es blieb auch überall ungewiß, ob die von ihm gekauften und wieder verkauften Pferde gerade die gestohlnen gewesen. Daß einige Zeit nachher M. ihn einen Pferdedieb gescholten hatte, bewies in Ermangelung näherer Anzeige nichts, da dieser damals im Streite mit ihm begriffen und betrunken gewesen war. Er selbst bekannte zwar, dem M. etwas gegeben zu haben, um ihn von der Anzeige wider ihn bey dem Gerichte abzuhalten: allein er hatte, wie er behauptete, und aus den Umständen nicht unwahrscheinlich war, auch M. selbst nicht in Abrede stellte, blos dadurch zu vermeiden gesucht, daß er wegen des Ankaufs überhaupt nicht in Weitläuftig-

keit

keit verwickelt werden möchte. Viertens kam den Inquisiten zu statten, daß sie, als ihnen von einem Bürger F. wegen der gestohlnen Pferde Vorhalt geschehen war, sich sofort auf alle Weise bemüht hatten, selbige wieder herbey zu schaffen, und auf die Wiesen zurück zu bringen, indem sie zu ihrem Käufer gereist waren, und ihn dringend gebeten hatten, die Pferde ihnen wieder abzulassen, oder denjenigen, an welchen er sie weiter verkauft gehabt, zu nennen, welcher aber dazu nicht behülflich seyn können, weil er seinen Käufer nicht gekannt gehabt. Hierzu kam, daß die Inquisiten durch langwieriges Gefängniß größtentheils ohne ihre Schuld schon viel gelitten hatten. Denn ob sie gleich im Anfange die That geleugnet hatten; so war doch der größte Theil der Zeit nach dem im summarischen Verhöre bereits erfolgten Geständnisse über den langsamen Gang der Untersuchung, welche mehrere Monate hindurch gänzlich geruhet, abgelaufen, weshalb auch mehrmals durch oberrichterliche Befehle die Beschleunigung der Sache ernstlich, und sogar bey wiederholter Geldstrafe, auferlegt werden müssen. Dieser Umstand mußte auch hier, bey einem Capitalverbrechen, in so fern zugleich mehrere Milderungsgründe zusammentrafen, berücksichtigt werden. e) Die Inquisiten wurden demnach zur Karrenstrafe auf zehn Jahre verurtheilt.

e) *Hommel* Rhapsod. obs. 100. Quistorp a. a. O. §. 112.

XVI.

Bestrafung uneingestandener Diebstähle, nach einem durch Anzeigen begründeten zusammengesetzten Beweise.

Daß Niemand wegen eines ihm angeschuldigten Verbrechens ohne rechtliche Gewißheit bestraft werden dürfe, ist sowohl in der Natur der Sache, als in den deutlichsten Vorschriften der positiven Gesetze gegründet. Eben so richtig ist es, daß die Gewißheit des Verbrechens und seines Urhebers allein durch Beweis erlangt werde, indem der Richter durch den richtigen Gebrauch gesetzlich gebilligter und unter den gesetzlichen Bedingungen vorhandener Mittel zu der erforderlichen Ueberzeugung gebracht wird. Da aber die Erfahrung lehret, daß die Ueberzeugung des Richters, bey Ermangelung eines gerichtlichen Bekenntnisses der That, oft nicht auf dem geraden Wege vollständig erreicht werden könne; so muß alsdann ein künstlicher oder zusammengesetzter Beweis, wo der Richter aus genugsam erwiesenen Thatsachen, welche nicht eigentlich und unmittelbar den Gegenstand der Untersuchung ausmachen, vermittelst richtiger Vernunftschlüsse die Hauptsache in Gewißheit zu setzen sucht, die Stelle des natürlichen oder einfachen, welcher unmittelbar auf die Hauptsache leitet, vertreten, oder wegen vorhandener Unvollständigkeit der-

denselben unterstützen und vervollständigen helfen. Die Thatsachen, welche bey dem künstlichen Beweise zum Grunde liegen, werden Anzeigen (indicia) genannt. Ihr Werth und ihre Stärke hängt von ihrem Zusammenhange mit der Hauptsache ab, und sie sind desto stärker, je nothwendiger sie mit derselben zusammenhängen. Sie sind demnach bald nähere, bald entferntere, je nachdem ihr Zusammenhang mit der Hauptsache, der Erfahrung nach, als gewöhnlich angenommen werden muß, und hingegen ihr Zusammenhang mit andern Thatsachen zu den ungewöhnlichen Erscheinungen in dem Laufe der Dinge gehört, oder nicht. Oft treffen mehrere derselben von beiden Gattungen zusammen. Indessen wird die rechtliche Gewißheit nicht durch bloße Häufung der Anzeigen hervorgebracht, sondern nur dadurch, daß dieselben so in einander eingreifen, daß keine Möglichkeit weiter übrig bleibt, als daß der Angeschuldigte nothwendig der Urheber des Verbrechens seyn müssen. a) Unter der letztern Bestimmung kann dann nach Befinden eine peinliche Strafe erkannt werden. Auch ist zu diesem Zwecke ein natürlicher, aber blos halber Beweis durch den Beytritt solcher Anzeigen, welchem die Gesetze ebenfalls die Kraft eines halben Beweises beylegen, alsdann für vollständig zu halten, wenn er

a] *L. 25. C. de probat.* — indicia ad probationem indubitata et luce clariora.

er durch solche Anzeigen unterstützt wird, welche das Mangelhafte desselben völlig ergänzen. Die Vollständigkeit des Beweises setzt voraus, daß die einzelnen zur Untersuchung gekommenen Thatsachen auf eine solche Weise dargethan worden sind, als die Gesetze erfordern, wenn der Richter sich von deren Wirklichkeit überzeugt halten soll: sie selbst besteht aber darin, daß das Verbrechen nach allen den Bedingungen, unter welchen die gesetzliche Strafe gegen dessen Urheber Statt finden soll, erwiesen worden. So sehr dieselbe zur Anwendung der gesetzlich bestimmten Strafe erfordert wird; so kann doch auch bey einem in Bezug auf das in dem Gesetze angegebene Verbrechen unvollständigen Beweise auf eine angemessene Strafe alsdann erkannt werden, wenn das, was nach Abzug der Mängel an jener Vollständigkeit annoch übrig bleibt, und hinreichend dargethan ist, an sich noch strafwürdig erscheint. Sind also die Anzeigen, welche der Angeschuldigte wider sich hat, von der Art, daß sie Gewißheit wider ihn begründen; so tritt die gesetzlich bestimmte Strafe ein. Fehlt es aber dem Beweise an innerer Vollständigkeit in dem vorhin angegebenen Sinne; so kann unter den ebenfalls angeführten Bestimmungen auf eine andere angemessene (außerordentliche) Strafe erkannt werden. Dagegen muß in Ermangelung jener Bestimmungen die Strafe gänzlich wegfallen, und auf gänzliche Lossprechung, oder auf Entbindung von der Instanz oder auch nach Befinden auf

Anwen-

Anwendung eines Sicherungsmittels gegen den Angeschuldigten erkannt werden. b) — Als Beyspiele zur Erläuterung der hier aufgestellten Grundsätze mögen folgende in Untersuchung gekommene Diebstähle dienen.

I. Auf einem Dorfe war ein Diebstahl an Wäsche und Silberzeug, allem Ansehen nach durch Einsteigen

b) Die weitere Entwickelung dieser Grundsätze findet man in C. L. A. Eisenhart's gekrönter Preißschrift über die Frage: In wie fern läßt sich eine außerordentliche Strafe, welche nicht als ein bloßes Sicherheitsmittel, sondern als eigentliche Strafe erkannt wird, rechtfertigen? und wenn dieses nicht möglich ist, welches Mittel kann man an deren Stelle setzen, um auf der einen Seite das gemeine Wesen gegen listige oder hartnäckige Verbrecher, und auf der andern die ohne ihre Schuld Verdächtigen gegen den Eigendünkel und die Willkühr des Richters zu schützen? im Archiv des Kriminalrechts, B. III. St. 1. u. 2. Die übrigen Schriften über diese Frage von Bezin, Bergk und Zachariä stehen daselbst St. 3. u. 4. Von früheren Schriften vergl. Quistorp rechtl. Erachten: wie in Ermangelung eines vollständigen Beweises wider einen Angeschuldigten bey vorhandenem genugsamen Vordacht zu verfahren sey, Rostock 1774. 4. Kleinschrod Abh. über die Wirkungen eines unvollkommnen Beweises in peinlichen Sachen; in s. Abhandlungen aus dem peinl. R. u. dem peinl. Proc. Th. I. *Weismantel* diss. de condemnatione facinorosorum ex indiciis. Erford. 1791.

gen mittelst einer Leiter, zur Nachtzeit verübt, und sofort durch hinzugekommene Leute so weit, daß die Untersuchung wider eine gewisse Person angestellt werden konnte, entdeckt worden. Es hatten nemlich die Gebrüder Wilhelm und Christoph K. unmittelbar nachher gesehen, wie ein Kerl unter einem in der Nähe befindlichen Schlagbaume weggekrochen, und ein anderer ihm nachgekrochen war. Auf ihr Anrufen war der erste entsprungen. Der andere war auf einen Augenblick stehen geblieben, und man hatte neben ihm ein Bündel mit der gestohlnen Wäsche gefunden. Aber bald war er dem vorigen nachrufend anfänglich mit starken Schritten gefolgt, nachher an der Ecke eines Zauns schnell davon gelaufen, hatte von seinen Verfolgern, nachdem er einst im Umdrehen nach Wilhelm K. mit einem Prügel geschlagen, mehrere Schläge erhalten, und war, nach vergebens versuchter Entfliehung, zuletzt unter Dazwischenkunft eines Dritten, R. festgehalten worden. Als man ihn nach dem Entsprungenen befragt, hatte er den Namen eines Mannes, der in der Nachbarschaft wohnen sollte, angegeben. Bey seiner Durchsuchung hatte man das gestohlne Silberzeug in der Tasche des untersten Brusttuchs gefunden. Dennoch leugnete er bey der gerichtlichen Untersuchung jede Theilnahme an dem Diebstahle, und behauptete, daß der Entsprungene, den er, nach seiner nunmehrigen Angabe, nicht gekannt, und der ihm auf sein Verlangen den Weg zeigen wollen, ihm

einst-

einstweilen das Silberzeug in Verwahrung gegeben, und bey dem Anrufen das Bündel von sich geworfen habe, folglich allein als der Thäter angesehen werden müsse. Allein die vorhandenen Anzeigen waren so beschaffen, und mit einigen nahen trafen mehrere entferntere so genau zusammen, daß sie in ihrem ganzen Zusammenhange an sich die Gewißheit, wie er das Verbrechen mit begangen, begründen konnten. Denn 1) er war nebst dem Entsprungenen zuerst an einer unwegsamen Stelle gesehen worden, war auf Anrufen der Hinzugekommenen hinter demselben her unter dem Schlagbaume weggekrochen, und hatte auf mehrere Weise zu entfliehen versucht. Diese Umstände stellte er nicht in Abrede, und sein Anführen, daß er dem Entsprungenen blos deswegen nachgekrochen sey, um ihn nach dem rechten Wege zu fragen, war desto unglaubhafter, da er diese Frage weit bequemer an die ihm folgenden Gebrüder K. hätte thun können, wenn er ein gutes Gewissen gehabt hätte, wie denn auch seine Angabe, daß er demselben in der Absicht, ihn nach seinem Namen zu befragen, fernerhin nachgelaufen sey, nach der ganzen Lage und nach seinem übrigen Benehmen offenbar auf einem leeren Vorwande beruhte. Er war 2) nicht allein neben dem Bündel mit Wäsche ertappt worden, sondern man hatte auch das Silberzeug bey ihm entdeckt. Letztere Anzeige beschwerte ihn desto stärker, da er das Verborgene bey der Durchsuchung des obersten Brusttuches nicht blos

verschwiegen, sondern nach der eidlichen Aussage von vier Zeugen ausdrücklich verleugnet hatte. Der Vorwand, daß der Entsprungene, als er ihm den Weg zeigen wollen, ihm das Silber unterdessen in die Hände gegeben, er aber solches, um es nicht zu verlieren, in die Tasche gesteckt, und bey dem nachherigen Ueberfalle theils aus Betäubung, theils aus Furcht vor Mißhandlungen nicht angegeben habe, verdiente schon um deswillen keinen Glauben, weil er bey der nicht blos angedrohten, sondern wirklich angefangenen Durchsuchung wohl voraus sehen können, daß man sie auch bey dem untersten Brusttuche fortsetzen, und ihn, wenn man es mit so vieler Mühe entdeckte, wegen seines Leugnens noch mehr mißhandeln werde. Hierzu kam 3), daß er am Tage vor dem Diebstahle mit einem Fremden auf dem Rathskeller eines benachbarten Orts gewesen war, und daß die Beschreibung der Gebrüder K. von dem Entsprungenen mit der Beschreibung des Kellerwirths von dem Fremden ziemlich genau zusammentraf. Zwar wollte er den Fremden schlechterdings nicht gekannt, und demselben erst unterweges begegnet haben: allein er war nicht nur von einem Zeugen auf dem Wege nach dem Keller mit demselben beysammen, und von dem Wirthe zugleich ankommend gesehen worden, sondern hatte auch nach seinem eigenen Bekenntnisse mit demselben eine gemeinschaftliche Zeche gemacht, und war mit ihm wieder weggegangen. Jedoch stimmten seine und des Wirths Aussagen

sagen in Absicht des nähern Verhältnisses der beyden Gäste nicht überein. Denn er behauptete von dem Fremden zum Mittrinken aufgefordert zu seyn, und blos das Bier bezahlt zu haben: wogegen der Wirth sagte, sie hätten ohne alle Aufforderung als bekannte Leute mit einander getrunken, und der Fremde habe Bier und Brannteweín allein bezahlt. Ferner wollte er nicht gehört haben, daß der Wirth beym Weggehen gefragt, wohin sie noch so spät gehen wollten: wogegen dieser versicherte, daß er nicht allein die Frage gethan, und von einem unter ihnen, den er aber nicht anzugeben wußte, eine Antwort erhalten habe, sondern auch bey diesem Gespräche beyde Gäste einander so nahe gestanden hätten, daß jeder die Frage sowohl als die Antwort des andern füglich hören können. Ueberdem hatte aber ein Bote ihn noch an demselben Abende in einer Schenke getroffen, und war mit ihm an dem Orte, wo nachher der Diebstahl in der Nacht vorgefallen, hingegangen. Nach der Aussage des Boten war er sehr langsam gegangen, hatte sich, besonders in einem Walde, oft umgesehen, als ob er Jemanden erwartete, auf die an ihn geschehenen Anfragen nur kurz und unbestimmt geantwortet, und nachher bey einem Dritten, der ihnen begegnet, nicht nach der Art eines Reisegefährden still gestanden, sondern war gerades Weges, und ohne Abschied zu nehmen, fortgegangen, bald aber von dem Wege abgewichen, und seinen vormaligen Begleiter plötzlich aus dem Gesicht gekommen, mit-

hin sich überall sehr verdächtig benommen. Noch war 4) ein besonderer Umstand, daß das Bündel mit der gestohlnen Wäsche in einer Kissenbühre gesteckt hatte, welche mit einer andern, die man bey der Haussuchung unter seinen Sachen fand, in Ansehung der Streifen zusammenpaßte, und selbst seine Frau bey der Haussuchung sagte, es fehle ihr eine solche Kissenbühre. Jedoch ward vom Gerichte bemerkt, daß beyde der Feinheit nach sehr verschieden wären. Auch kam 5) in Betracht, daß zwey Zeugen eidlich versicherten, er habe bey seiner Arretirung in der Schenke, wohin man ihn bis dahin gebracht, sich zu dem Diebstahle bekannt. Jedoch wollten zwey andere ebenfalls abgehörte Zeugen nichts davon wissen, und selbst die erstern sagten, er habe das Bekenntniß unter Schlägen und andringenden Anfragen, ob er nicht der Dieb sey, abgelegt. Ferner hatte er 6) bey seiner Ergreifung dem Entsprungenen, wie er nun eingestand, einen falschen Namen beygelegt, und man fand auf geschehene Nachforschung, daß überall kein Mann dieses Namens an dem angeblichen Orte wohnte. Auch stimmte 7) seine Angabe des Tages, an welchem er von seinem Wohnorte ausgegangen sey, mit den Zeugenaussagen nicht überein, indem er früher weggegangen seyn wollte, als seine Hauswirthin, mit welcher er eine gemeinschaftliche Stube hatte, und seine eigene Frau, angaben. Endlich war er 8) in dem Rufe eines Wilddiebes, und konnte selbst nicht leugnen, daß er

wohl

wohl wisse, wie die Gerichte ihm deshalb schon hätten auflauern lassen. — Unter diesen Umständen war er allerdings so weit für überführt zu achten, daß er mit Strafe belegt werden konnte. Denn alle vorhandenen, durch eidliche Aussagen unbescholtner Leute hinlänglich erwiesenen Anzeigen griffen so genau in einander ein, daß sich aus ihrem engen Zusammenhange mit der Hauptsache nicht anders schließen ließ, als daß er an dem Verbrechen Theil gehabt haben müsse. Dagegen waren seine Einwendungen und Angaben nicht nur an sich im höchsten Grade unwahrscheinlich, sondern verdienten auch wegen der mancherley Widersprüche und wegen seines sonstigen üblen Rufes keinen Glauben. Indessen blieb, bey dem aus der Anzeige abgeleiteten künstlichen Beweise, insbesondere 1) der Grad der Theilnahme des Inquisiten an dem Diebstahle ungewiß. Ferner konnte 2) die Strafe eines verwegenen und im allgemeinen Sinne gefährlichen Diebstahls um deswillen nicht angewendet werden, weil der Punct des Einsteigens nicht gehörig hatte ausgemittelt werden können, auch sonst keine Spuren weder von Bewaffnung, noch von Einbrechen vorhanden waren. Auch machte 3) der Werth der gestohlnen Sachen noch nicht den Betrag eines großen Diebstahls aus. Es kam 4) hinzu, daß der Inquisit noch nie wegen Diebstahls in Untersuchung gewesen waren, und daß die gestohlnen Sachen sofort wieder erlangt, und dem Eigenthümer zugestellt waren. — Demnach

ward

ward erkannt, "daß der Inquisit wegen des Diebstahls, dessen er zur Nothdurft für überführt zu achten, mit einer Zuchthausstrafe von neun Monaten zu belegen sey."

II. Der Nachrichter R. war in der Nacht durch Einsteigen in seine Wohnstube, nach vorhergegangener Erbrechung der Fensterladen, bestohlen worden. Den Thatbestand des Verbrechens, und daß solches in einem verwegenen und gewaltsamen, mithin überhaupt gefährlichen Diebstahle bestanden, c) war größtentheils außer Zweifel gesetzt. Denn die Wahrheit des Diebstahls war von dem Bestohlnen und dessen Knechte, und das Eigenthum der gestohlnen Sachen von dem letztern eidlich bestärkt worden. In Absicht der Art und Weise aber, wie der Diebstahl begangen worden, hatte sich bey der gerichtlichen Besichtigung gezeigt, daß zwey eiserne Stangen, die vor jedem Fensterladen queer übergelegt, und durch einen gemeinschaftlichen eisernen Bolten inwendig in die Stube mittelst einer mit einer Stahlfeder versehenen Klinke befestigt gewesen, durch ein Brecheisen gewalt=

c) Man s. hierüber Tittmann Strafrechtswissenschaft, §. 265=267. Sonst vergl. *F. A. Hommel* diss. de furto qualificato, Lips. 1759. *C. G. Winckler* de furto periculoso, in Opusc. min. Vol. I. coroll. 18. Kleinschrod Abh. über den Begriff und das Wesen des Diebstahls, Betracht. VI. in s. Abhandlungen, B. I.

gewaltsam geöffnet worden, indem in einer sehr geringen Entfernung von dem äußern Knopfe des Bolten auf der vor dem Fensterladen an der Seite nach der Hausthüre hergehenden eisernen Stange zwey in einander fließende, besonders durch das Gefühl mit bemerkbare Eindrücke sich vorgefunden, auch in die eine scharfe Kante des Knopfes des Bolten Spuren eines daran gelegten Brecheisens eingedruckt gewesen, und diese Kante sich etwas nach außen übergebogen gehabt. Auch hatten zwey von dem Gerichte zugezogene Schlösser geurtheilt, und ihr Urtheil eidlich bestärkt, daß die Gewalt, durch welche die eisernen Stangen und der durchgehende eiserne Bolten aufgebrochen worden, mit Händen allein nicht angewendet seyn könne, sondern mit eisernen Werkzeugen geschehen seyn müsse; welches sich auch daraus abnehmen lasse, weil der sichtbare und fühlbare Eindruck unterwärts des Knopfs des Bolten in geringer Entfernung nicht anders, als dadurch entstanden seyn könne, daß mit Gewalt die Bolten auswärts in die Höhe, und hiedurch zugleich einwärts in der Stube herunter gedruckt, und der inwendige Knopf des Bolten hiedurch der einwärts sitzenden Klinke entzogen worden sey. Ferner war ein vorgefundenes, und den Acten beygelegtes Brecheisen nach seiner Länge und Schwere allerdings so beschaffen, daß damit die Fensterladen auf die beschriebene Weise geöffnet werden können. Es war also aus dem Einsteigen durch die erbrochenen Fenster die Geflissenheit und Verwegenheit

genheit des Diebes, welche dieser bey Ueberwindung der ihm entgegengestandenen Hindernisse bewiesen hatte, und die hieraus ersichtliche Gefährlichkeit desselben, unverkennbar. Denn obgleich keine wirkliche Gewalt gegen eine Person gebraucht worden war; so setzte doch das ganze Unternehmen, da der Dieb mit einem Brecheisen an das Stehlen gegangen war, einen entworfenen Plan voraus, und enthielt deshalb und wegen des erfolgten Einsteigens eine solche Verwegenheit, aus welcher nichts anders vermuthet werden konnte, als daß der Dieb auch an eine plötzliche Entdeckung gedacht, und auf den Fall, wenn diese erfolgen sollte, sich mit Gewalt, allenfalls durch Gebrauch des Brecheisens, den Weg zur Flucht zu verschaffen gesucht haben werde. d) Als Verbrecher selbst waren zwey Juden, D. B. und L. L. gefänglich eingezogen worden, wovon jedoch L. L. wieder entsprungen war. Die Entdeckung derselben war folgendermaßen geschehen. Der Nachrichter R. war von seiner Frau, welche das Bellen der Hunde gehört, aus dem Schlafe aufgeweckt worden, und hatte seinen Knecht H. herbey gerufen. Beyde waren nach der verschlossenen Stube gegangen, weil sie durch das Fenster Licht darin bemerkt hatten, und hatten bey dem Eintritte einen Schwefeldampf gerochen, auch die Oeffnung der Fenster gesehen. Der Be-

d) Abh. über den Grund der härtern Strafe des gefährlichen Diebstahls. In der Bibliothek für peinl. Rechtswissensch. u. Gesetzg. Th. I. St. 2.

Bestohlne aber hatte, nachdem Licht herbeygeschafft worden, seine Tobackspfeife, welche auf einer Kommode gelegen, und seine Beinkleiderschnallen vermißt. Als er hierauf nebst dem Knechte zur Aufsuchung der Diebe, deren Weglaufen er an dem Geräusche gehört hatte, sofort auf die Straße gegangen war, hatte er in der Juden-Herberge einiges Geräusch gehört, und bemerket, daß die Hausthüre nicht völlig verschlossen gewesen. Er hatte sodann die Thüre zu öffnen gesucht, und nachdem er beobachtet, daß Jemand von innen festhalte, selbige mit Hülfe seines Knechts aufgesprengt. Sogleich hatte er beyde Juden auf der Diele getroffen, mit seinem Gehülfen ergriffen, und wegen der gestohlnen Sachen zur Rede gesetzt. In demselben Augenblicke hatten beyde etwas von sich geworfen. Auch hatte gleich nachher der Jude D. B. noch etwas, das einen klingenden Ton von sich gegeben, in die Gosse geworfen. Nachdem der R. den letztern, den er allein bis dahin festgehalten, an seinen Knecht, und dieser den erstern an den auf das Rufen herbeygeeilten Schuster R. zum Festhalten abgegeben, und auf das Hinzukommen mehrerer Personen beyde Kerls wieder in das Haus gezogen, hatte der Schuster einen in einem Beutel befindlichen, und jetzt den Acten beygelegten Bohrer in der Gosse, und der Knecht die gestohlne Tobackspfeife, nebst dem dazu gehörigen Beutel, auf der Diele liegend gefunden. Der Nachrichter R. aber hatte den Juden D. B., nachdem

er

er seine Beinkleider-Schnallen demselben abgefordert, und dieser sie zu besitzen geleugnet, denselben durch den Knecht in Gegenwart mehrerer Personen, welche den Vorgang eidlich bezeugten, visitiren lassen, und die Schnallen in dessen Tasche wirklich gefunden. Ferner hatte der Schuster R., nachdem der Nachrichter R. und dessen Knecht ihm gesagt, daß der Jude D. B. auf der Diele etwas unter die daselbst befindlichen Pferde geworfen, auf sein Suchen, wobey ihm die Frau des Nagelschmidts P. geleuchtet und suchen geholfen, das Brecheisen vorgefunden, welches die B., die es zuerst aufgehoben, ihm in die Hand gegeben, und er selbst an den Nachrichter R. abgeliefert hatte; ein Umstand, den außer den genannten Personen noch der Bürger B. eidlich bezeugte. Ueberdem hatte man bey der Visitation des Juden D. B. mehrere Verdacht erregende Sachen, die bey Verübung der Diebstähle gebraucht werden können, und gebraucht zu werden pflegen, namentlich zwey kleine Stöcke zum Umdrehen des Bohrers, ein Feuerzeug nebst einem Wachsstocke, und eine mit mehreren Knoten versehene doppelte Linie, in dessen Tasche gefunden; wozu noch der besondere Umstand kam, daß man in der Stube, wo der Diebstahl begangen war, Spuren eines in den Tisch eingebrannten kleinen Loches und einige Wachstropfen entdeckte, zum Zeichen, daß der Wachsstock wirklich gebraucht worden war. — Demungeachtet leugnete der Jude D. B. bey der wider ihn angestellten Untersuchung

sowohl

sowohl im summarischen, als nachher im articulirten Verhöre die That, und jede Theilnahme derselben, gänzlich und fortdauernd ab. Er berief sich zuförderst darauf, daß man ihn weder in der Stube des Hauses, wo der Diebstahl begangen worden, noch in der Nähe dieses Hauses überhaupt, sondern an einem fremden Orte, der Juden-Herberge, getroffen habe. Er behauptete ferner, die gestohlnen Schnallen müßten ihm erst auf der Diele von dem wahren Diebe, der sich unter die Menge hinzugedrängt, heimlich in die Tasche gesteckt, und die auf der Diele selbst gefundenen Sachen ebenfalls von einem andern dahin geworfen seyn. Auch suchte er die ihm gemachte Anschuldigung um deswillen als unwahrscheinlich darzustellen, weil er erst kurz vor dem Diebstahle zu St. angekommen sey, und dieser eine Vereinigung mehrerer Personen voraussetze. Allein dieses alles stand nicht entgegen, ihn der That für überführt zu halten. Denn er war unmittelbar nach verübtem Diebstahle in der Herberge, wohin er sich leicht retiriren können, zur Nachtzeit auf der Diele unter höchst verdächtigen Umständen ergriffen worden, indem er die Thüre inwendig mit zugehalten, und, nachdem selbige mit Gewalt aufgesprengt gewesen, sich auf der Diele zu verstecken gesucht. Es war ganz unwahrscheinlich, und fast unmöglich, daß ein Anderer ihm, während er von dem Knechte, und einige Zeit nachher von dem Schuster R. festgehalten worden, sowohl die gestohlnen Beinkleider-Schnallen,

len, als die übrigen Diebesgeräthe, ohne daß solches von Jemanden bemerkt worden, in die Tasche gesteckt haben sollte. Ueberdem hatte er durch das hinlänglich bezeugte Wegwerfen des Bohrers in die Gosse eine solche Handlung begangen, die jene Einrede in ihrer ganzen Blöße darstellte. Darin, daß er kurz zuvor nach St. gekommen war, lag nichts, was der Möglichkeit seines Unternehmens entgegen gestanden hätte, da er das Verbrechen gar wohl unmittelbar nach seiner Ankunft, zumal mit dem entsprungenen L. L. zusammen begehen können, und er noch überdies wenige Tage vorher schon einmal an dem Orte gewesen war, wo die That mit dem Entsprungenen leicht verabredet seyn konnte. Am wenigsten trug, bey dem Zusammentreffen aller Umstände, sein hohes Alter und seine Dürftigkeit, wie er für sich anführte, das mindeste zu seiner Freysprechung bey. Das halsstarrige Leugnen sowohl im Verhöre, als bey der Confrontation mit den Zeugen, konnte ihn weder von der angestellten Untersuchung befreyen, noch das Straferkenntniß wider ihn aufhalten. Denn er war durch die eidlichen und artikulirten Aussagen solcher Personen, welche die Visitation theils selbst unternommen, theils mit angesehen hatten, so weit überführt, daß er sowohl gestohlne Sachen, als mancherley Werkzeuge, durch welche die Begehung eines Diebstahls erleichtert wird, bey sich gehabt, und die auf der Diele gefundenen und in das Gericht gelieferten Instru-

mente

mente waren von sämtlichen Personen, welche dieselben aufgefunden hatten, oder bey deren Auffindung zugegen gewesen waren, gerichtlich anerkannt. Zur Verurtheilung eines Verbrechers wird aber nicht allezeit dessen Geständniß nothwendig erfordert, sondern es ist hinreichend, wenn er der That überwiesen ist. e) Dieser Beweis kann so gut auf die Aussagen gültiger Zeugen, als auf das Geständniß des Verbrechers gebauet werden, und der Richter hat seine Pflicht erfüllt, wenn er, wie hier bey der Untersuchung wiederholt geschehen war, ungeachtet des schon vorhandenen Beweises, durch Zureden und Vorhalten der vorhandenen Beweisthümer den Inquisiten zu einem aufrichtigen Bekenntnisse zu bewegen gesucht hat. Die sonst bekannten und den Rechten nach zulässigen Mittel zur Erforschung der Wahrheit sind nur bey einer solchen Kundbarkeit des Verbrechens zulässig, aus welcher kein vollständiger Beweis, sondern nur ein Verdacht wider Jemanden erwächst. f) Das Gesetz, nach welchem das Verbrechen zu bestrafen war, drohet den Tod, oder nach Befin-

e) *L. 16. C. de poenis.* P. G. O, Art. 22. 67. 69. *Leyser* Meditatt. spec. 641. *Boehmer* Medit. ad C. C. art. 69. §. 1. *Reinhart* diss. de condemnatione eius, qui nondum confessus est, §. 14.

f) P. G. O. Art. 16. *Kress* Comment. ad h. a. *Boehmer* ib. §. 16. Quistorp Grundś. des peinl. Rechts, §. 677.

Befinden eine schwere Leibesstraf. g) In dem jetzt erzählten Falle traten aber mehrere Umständ ein, um derentwillen die ordentliche Strafe nicht angewendet werden konnte. Einmal waren sowohl bey der Ausmittelung des Thatbestandes, als bey der Form des Beweises, einige Mängel und Dunkelheiten übrig geblieben. Denn der Inquisit war weder des Verbrechens geständig, noch bey demselben betreten worden. Man hatte sowohl das Brecheisen und den Bohrer, als andere eigentlich gefährliche Werkzeuge nicht bey ihm selbst, sondern auf der Diele und in der Gosse gefunden. In Absicht des Bohrers war zwar nicht anders zu denken, als daß er das Klingende gewesen sey, was der B. in die Gosse geworfen hatte. Allein in Absicht des Brecheisens war es gänzlich ungewiß, ob es von ihm oder von dem L. L. weggeworfen war. Eben so ungewiß blieb es, ob die Fensterladen gerade mit demselben erbrochen waren. Zweitens war, ungeachtet der Existenz des gesetzlichen Begriffes des Verbrechens, ein geringerer Grad der Festigkeit des bösen Willens und der deshalb zu befürchtenden Gefahr vorhanden, als zur Erkennung der ordentlichen Strafe nothwendig ist. Denn

g) P. G. O. Art. . Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts, §. 378-380. hält die Todesstrafe für die ordentliche, und die schwere Leibesstrafe für die (gesetzlich bestimmte) außerordentliche, welche alsdann eintrete, wenn zwar der Begriff des Verbrechens, aber nicht der Grund desselben in concreto vorhanden sey.

Denn eines Theils hatten die Diebe, nachdem die Fensterladen einmal erbrochen gewesen, bey dem Einsteigen nur wenige Hindernisse zu überwinden gehabt, indem sie blos in das unterste Stockwerk eingestiegen waren, andern Theils hatten sie, sobald sich Menschen gezeigt, die Flucht ergriffen. Daß der Inquisit vorher noch nicht wegen eines Diebstahls bestraft worden, konnte nach der klaren Vorschrift des Gesetzes hier nicht in Betracht kommen. Dagegen mußte der Umstand, daß die gestohlnen Sachen dem Eigenthümer sofort wieder zugestellt waren, auch hier in Erwägung kommen, sobald man vermöge der wenigstens durch den gemeinen Gerichtsgebrauch angenommenen Erklärung des Art. 160. der P. G. O. den Ersatz des Gestohlnen als Milderungsgrund der Strafe annimmt. h) Eine Zuchthausstrafe, nach vorgängiger öffentlicher Ausstellung des Diebes zur Beförderung eines stärkern Eindrucks, schien am zweckmäßigsten zu seyn. Es ward daher erkannt: "Daß Inquisit wegen des von ihm begangenen gefährlichen Diebstahls, dessen er zur Nothdurft für überführt zu achten, bewandten Umständen nach zuförderst an den Schandpfahl öffentlich auszustellen, und hiernächst mit einer Zuchthausstrafe auf zwey Jahre zu belegen sey."

III. Dem

h) Quistorp a. a. O. §. 380.

III. Dem Einwohner D. zu Br. waren am 18ten März, als am Montage in der Marterwoche 1799 Abends zwischen 7 und 9 Uhr verschiedene Sachen, vornemlich Linnen, gestohlen worden. Die gestohlnen Sachen waren von der Inquisitin Johanne Christine S. verheimlicht und zum Theil bey ihr gefunden. Diese gestand auch, daß sie an jenem Abende gegen 6 Uhr aus ihrer Eltern Wohnung zu B—g gegangen, und zwar zuerst mit der Ehefrau des Schneiders S. in dem Hause des Häuslings H., hernach mit der Tochter des D—d, und zuletzt mit ihrer Schwester gesprochen, alsdann aber aus B—g sich hinwegbegeben habe, nach 8 Uhr zurückgekommen sey, die gedachten Sachen größtentheils in einer Kiepe mitgebracht, und das darunter befindliche Linnen, welches sie gegen ihre Eltern für Näharbeit (indem sie sich hauptsächlich von der Näherey ernährte) ausgegeben, in einen Koffer gelegt, die übrigen in einem Graben einstweilen zurückgelassenen Sachen aber am folgenden Morgen 4 Uhr, als ihre Mutter und ihre Schwester noch geschlafen, nachgeholet, alles dieses gegen die Tochter des Bestohlnen, welche ihr Nachmittags von dem Diebstahle erzählet, gänzlich verschwiegen, am Mittwoch oder Donnerstag den Häusling H. um die Aufbewahrung einiger angeblich ihrer Mutter zugehörigen Stiegen Linnen angesprochen, am Freytage einen großen nesseltuchenen Tuch nach B—n in die Farbe getragen, am zweiten Ostertage Abends drey ordinäre

näre Stiegen Linnen und eine Stiege zu Handtüchern nebst einem großen weißen Laken nach dessen Häuse gebracht, selbige in die offen gestandene Schlafkammer auf einen Haufen Hobelspäne gelegt, und in der Folge gegen denselben für ihr Eigenthum ausgegeben, gegen ihre Mutter aber erst alsdann, nachdem solches von dem Häusling H. in das Gericht geliefert worden, daß sie es gefunden, eingeräumet, demnächst nach S. zu einem Advocaten gegangen, um sich eine Schrift über den Vorfall, mit Angabe der Sachen, verfertigen zu lassen, jedoch mehrere Sachen darin verschwiegen, und sich, um der gerichtlichen Untersuchung zu entgehen, hinwegbegeben, auch bey ihrer Arretirung im Amte B — e diese Sachen gleichfalls nicht mit angezeigt habe. Sie leugnete jedoch den ihr angeschuldigten Diebstahl gänzlich, und gab vor, daß sie die Sachen am Montage in der Marterwoche Abends auf dem Wege nach De. gefunden habe, indem sie in einiger Entfernung einen Mann mit einem weißen Packen zur Erde fallen gesehen, welcher auf ihr Anrufen mit Zurücklassung des Packens davon gelaufen sey, worauf sie sich dem Packen genähert, und die darin befindlich gewesenen Sachen auf die angeführte Weise fortgetragen habe. Die Aussage der Mutter der Inquisitin, Marie Catharine S. im articulirten Verhöre, welche jedoch von dem summarischen in einigen Puncten abwich, gieng im Wesentlichen dahin, daß sie ihre Tochter am Montage Abends mit der Kiepe nach Hause kom-

 men

men und das mitgebrachte Linnen bey ihr gesehen, jedoch auf ihre Anfrage zur Antwort gegeben, wie ihr solches von der Ehefrau des S—s zum Vernähen gegeben worden, auch noch an eben diesem Abende von derselben in Erfahrung gebracht, wie sie ein silbernes Halsband auf dem Wege zwischen B—g und Oe. gefunden, nicht weniger gewußt, wie ihre Tochter am folgenden Morgen 4 Uhr noch mehrere Sachen hereingebracht, und, mit einem Laken in einen Packen gebunden, auf ihre Schlafkammer bey einen Kasten gelegt, jedoch nähere Kenntniß von der Sache erst in der Sonnabends Nacht durch ihren Ehemann erhalten, aber mit der Tochter nicht darüber gesprochen, daß sie ferner zwar nach einigen Tagen das Linnen im Koffer gesucht und nicht gefunden, aber sich nicht weiter darnach erkundiget, zumal sie entweder gleich am Montage Abends, oder am folgenden Tage, auf ihr Befragen, zu welcher Zeit die Tochter an ihre Arbeit gehen wolle, von derselben gehöret, wie sie vor Ostern die Hemden nicht zu machen brauche, daß sie am Dienstage auf die Anfrage des Wollkratzers P. geäußert, wie die Tochter das Halsband gefunden habe, daß sie an eben diesem Tage, als die Tochter des Bestohlnen zu ihrer Tochter auf die Kammer gekommen, nur im Allgemeinen gefragt, ob sie ihrer Tochter Zeug besehen wollen, und gleich darauf wieder fortgegangen sey, daß sie zwar gewußt, wie ihre Tochter nach der Farbe gegangen, aber nicht, wie viele Zeichen

selbige

selbige von daher mitgebracht, und wozu die Zeichen gehöret, auch diejenigen, welche sie nach entstandener Untersuchung an den Gerichtsdiener abliefern müssen, erst da, wo sie auf Angabe ihrer Tochter benachrichtigt worden, aufgesucht habe, daß ihr endlich nicht bekannt sey, zu welcher Zeit der in der Folge auf der Kammer vorgefundene Päcken dahin gekommen. Noch räumte die Inquisitin ein, daß sie einige im Gerichte mit befindliche Sachen, welche der Ehefrau des Bürgers N. zu B — g zugehörten, in deren Hause gefunden und heimlich an sich behalten habe. Uebrigen ward der Werth sämmtlicher Sachen des D. und der N. durch gerichtliche Taxation auf 29 rthl. 4 ggr. 6 pf. bestimmt. — Gegen die Inquisitin ergaben sich 1) starke Anzeigen, daß der Diebstahl, ungeachtet ihres Leugnens, von ihr begangen worden. Denn a) sie hatte nicht allein öfters in dem Hause des Bestohlnen genähet, in der gemeinschaftlichen Schlafkammer, in welcher die Kasten mit den Sachen gestanden, mit geschlafen, und einst, auf Vorzeigung der Tochter des Bestohlnen, nach deren Aussage, die Sachen zum Theil gesehen, sondern auch geständlich gegen den Wollkratzer P. vormals geäußert, daß der Bestohlne reich und dabey geizig, und, weil bey ihm alles offen stehe, leicht zu bestehlen sey. Der Diebstahl selbst hatte b) am Abende den 18. März während ihrer Entfernung aus der väterlichen Wohnung füglich vollbracht werden können, da sie schon gegen 6 Uhr weggegan-

 gen,

gen, und, nach ihrer Aussage, um 8 Uhr, nach den Angaben des Wollkratzers P. aber, welcher in demselben Hause wohnte, dessen Ehefrau und des Bürgers H. erst um 9 Uhr zurückgekehret, zum Hin- und Hergehen zwischen B—g und Br., auch in der Dunkelheit, auf dem ihr hinlänglich bekannten Wege überall nur 1½ Stunden erforderlich gewesen, der Eingang und das Auffinden der Sachen, wegen ihrer genauen Bekanntschaft in des D. Hause, und wegen der unverschlossenen Behältnisse, wenige Zeit erfordert, und ihre vor dem Weggange aus B—g mit andern Personen gehaltene Gespräche sehr kurz gewesen waren, auch aus der Erhitzung, mit welcher sie zurückgekommen, erhellet, daß sie, ungeachtet der Last des Packen, schnell gegangen. Daß sie c) den Packen, den ein Unbekannter weggeworfen, gefunden, eine Viertelstunde, um sich zu besinnen, dabey stehen geblieben, und alsdann damit fortgegangen, hatte schon an sich viel Unwahrscheinliches. Sie hatte ferner d) sowohl bey dem Weggehen, als bey der Rückkehr gegen ihre Mutter fälschlich vorgegeben, daß sie nach S. Hause zu Oe. bestellt sey. Sodann hatte sie e) ihrer jüngern Schwester um 6 Uhr mit einer Kiepe begegnet, und vorgeblich Hekkerling von ihr verlangt: gleichwohl war nachher, als diese gefordert, daß sie die Kiepe einstweilen vor den Kuhstall setzen sollen, bey der Rückkehr die Kiepe nicht vorgefunden worden. Sie hatte f) bey der Rückkehr das Linnen gegen ihre Mutter fälschlich für erhaltene

Näh-

Näharbeit ausgegeben, die zurückgelassenen Sachen aber am folgenden Morgen 4 Uhr heimlich nachgeholet. Weiter hatte sie g) sowohl in der von dem Advocaten zu S. verfertigten Schrift, als nachher, da sie sich auf die Flucht begeben, in dem Verhöre vor dem Amte B—e mehrere Sachen vorsätzlich verschwiegen. Ueberdem war sie h) nicht allein bey ihren Aussagen sich nicht gleich geblieben, und hatte durch verschiedene Zeichen eine große Verlegenheit zu erkennen gegeben, sondern hatte auch den Besitz des nesseltuchenen Tuches, so wie ihre Kenntniß der vorgefundenen Farbe-Zeichen, verschwiegen. Wenn man aber auch 2) das Vorgeben der Inquisitin, daß sie die Sachen auf dem Wege nach Oe. gefunden, für wahr annehmen wollte; so verdiente doch schon die Verheimlichung derselben, nach den dabey vorkommenden besondern Umständen, eine nachdrückliche Bestrafung. Denn a) sie hatte schon daraus, daß der Unbekannte auf ihr Anrufen mit Zurücklassung des Packens davon gelaufen, sicher schließen können, daß die darin befindlichen Sachen gestohlen gewesen. Sie hatte b) nicht blos durch die so lange fortgesetzte Zurückbehaltung, sondern zugleich durch die desfalls begangenen groben Unwahrheiten die Absicht, die gestohlnen Sachen sich zuzueignen, deutlich zu erkennen gegeben. Dieses fiel ihr c) desto mehr zur Last, da sie auch gegen die Tochter des Bestohlnen, welche ihr den Diebstahl erzählet, alles hartnäckig verschwiegen, gegen den Bürger H. das

linnen

linnen für ihr Eigenthum ausgegeben, auch nach der durch denselben erfolgten gerichtlichen Anmeldung der vier Stiegen linnen und des Lakens den Vorgang dem Gerichte nicht entdeckt, und sogar im ersten Verhöre angeführtermaßen manche Sachen, und in der Folge noch das Nesseltuch verschwiegen, auf gleiche Weise auch die Sachen der R., ohne solche anzuzeigen, an sich behalten. Es kam aber 3) gegenwärtig besonders in Betracht, daß vermöge einer landesherrlichen Verordnung v. 2. Nov. 1744, welche durch öffentlichen Anschlag und Verlesen von den Kanzeln hinlänglich bekannt gemacht war, zur Vermeidung alles gewöhnlichen scheinbaren Vorgebens, diejenigen, welche etwas finden, solches nicht bey sich behalten, sondern das Gefundene, wenn sie es nicht sofort dem Eigenthümer selbst wieder behändigen können, dem Intelligenz-Comtoir zu Br. zur schleunigen Bekanntmachung einreichen sollen, indem jeder, der solches nicht thut, sondern das Gefundene länger, als acht Tage, unangemeldet bey sich behält, für einen Dieb gehalten, als ein Dieb bestraft, und mit der Entschuldigung, daß er die Sache nicht gestohlen, sondern gefunden habe, durchaus nicht gehört werden soll. Es mußte also 4) das Vergehen der Inquisitin mit einer peinlichen Strafe belegt werden. Denn der Werth der angeblich gefundenen und in gewinnsüchtiger Absicht zurückbehaltenen Sachen machte nach der P. G. O. Art. 160. einen großen Diebstahl aus, welcher sowohl nach dem Gesetze,

setze, als nach dem Gerichtsgebrauche, wenn er, wie hier, zum erstenmale und ohne beschwerende Umstände begangen worden, mit einer angemessenen Leibesstrafe belegt wird. i) Dabey ward jedoch sowohl die Minderjährigkeit der Inquisitin, und der Umstand, daß sie vorher noch nie wegen eines Verbrechens in Untersuchung gewesen, als dieses, daß die gestohlnen und von ihr verheimlichten Sachen annoch vorhanden waren, und den Eigenthümern zurückgegeben werden konnten, berücksichtigt. Es ward die Inquisitin wegen gewinnsüchtiger Vorenthaltung der dem D. gestohlnen und angeblich von ihr gefundenen Sachen sowohl, als wegen der der Ehefrau N. zugehörigen, welche sie ebenfalls verbotenermassen sich zugeeignet, bewandten Umständen nach, zur Zuchthausstrafe auf Ein Jahr, jedoch ohne Willkommen und Abschied, verurtheilt. — Gegen die Mutter der Inquisitin ergab sich ein nicht geringer Verdacht, daß sie das Verbrechen der Tochter begünstigt, und die Sachen verheimlichen geholfen. Denn 1) sie hatte geständlich von der Tochter gehöret, wie diese das Halsband auf dem Wege nach De. gefunden, und hatte wohl gewußt, daß die Tochter die zurückgelassenen Sachen am folgenden Morgen sehr früh nachgeholet. Sie hatte 2) sich um das Linnen nicht weiter bekümmert, noch ihre Tochter näher darum befragt, wozu sie als Mutter doppelt

i) *Kress* Commentar. ad art. 160. n. 2. Quistorp a. a. O. §. 359.

doppelt verpflichtet gewesen wäre. Sie hatte ferner 3) im summarischen und articulirten Verhöre sich verschiedene Widersprüche zu Schulden kommen lassen, und deshalb theils gar keine, theils keine erhebliche Entschuldigungsgründe anzuführen vermogt. Ueberdem hatte sie, nach der Aussage des P., im Anfange gegen diesen geleugnet, daß ihre Tochter das Halsband besitze, und erst auf weiteres Andringen gesagt, wie selbiges auf dem Wege von Oe. von ihr gefunden worden, und von einem vorübergegangenen Kerl verloren seyn müsse. Es ward ihr also der Reinigungseid gegen den bey der Untersuchung gegen sie entstandenen Verdacht einer Theilnahme an dem Verbrechen der Tochter auferlegt.

IV. Joh. Ge. M. gerieth bey dem Criminalgerichte zu J. wegen Kirchendiebstahls in Untersuchung. Es war nemlich in der Nacht zwischen dem 21. und 22. Oct. 1800. die Kirche zu N. mittelst Einbruchs bestohlen, und aus derselben unter andern ein Klingebeutel mit Bügel und Glocke von Silber, und eine silberne Schnalle von einem Gesangbuche, mit H R D C bezeichnet, entwendet worden. Ein gleicher Diebstahl ward am 23. d. M. in der Kirche zu J. entdeckt, und daselbst unter andern eine rothe Altardecke vermißt. Ueberdem war zu N. am Armenstocke, obgleich vergebens, Gewalt gebraucht, zu J. aber der Armenstock losgebrochen. Gleich am folgenden Tage lieferte der Goldschmidt Sch. zu B.

zwey

zwey Stücken von einer zerbrochenen kleinen silbernen Glocke und zwey Stücken von einem Buchbeschlage, auf deren einem Einiges ausgekraßt war, aber doch die angeführten Buchstaben noch ziemlich leserlich zu sehen waren, in das dortige Gericht, mit der Anzeige: Diese vier Stücken wären ihm am 23. Oct. von zwey fremden Kerls, deren einer klein und untersetzt, und mit dunkelbraunem Rocke und rundem Huthe bekleidet, der andere aber lang und schmal, und mit hellblauem Futterhemde, grober linnener Schludderhose, und ebenfalls rundem Huthe bekleidet gewesen, zum Kaufen gebracht worden, er habe selbige als verdächtig angehalten, und zu den Kerls gesagt, sie möchten zu dem Stadtrichter gehen, um sich dort das Geld dafür zu holen, auch ihnen seinen Knecht mitgegeben, der aber mit der Nachricht, daß beyde unterweges sich von ihm entfernt hätten, zurückgekommen sey. Das Gericht zu B. theilte den Vorgang, nebst Uebersendung des Silbers, dem Criminalgerichte zu J. mit, welches sofort in Gewißheit setzte, daß die beygefügten Silberstücken aus der zerbrochenen Glocke und der Gesangbuchsschnalle bestünden. An demselben Tage gegen Abend zeigte der Goldschmidt W. zu H. bey dem dasigen Amtsgerichte an: Es sey ihm an demselben Nachmittage von einem Unbekannten 3¼ Loth altes Bruchsilber zum Kaufen gebracht worden, das er wirklich gekauft und bezahlt habe; eine Viertelstunde nachher habe ihm ein fremder Jude 8 Loth

altes

Bruchsilber von ähnlicher Façon zum Probieren gebracht, mit der Aeußerung, daß ihm solches so eben für 7 Mark angeboten worden sey; weil ihm die Sache wegen des geringen Preißes verdächtig geschienen, habe er das Silber an sich gehalten, und den Juden vermogt, ihm den Kerl, der ihm das Silber angeboten, mit zu bringen; als der Kerl angekommen, habe es sich gezeigt, daß es derselbe sey, der ihm die 3¼ l. verkauft habe; dieser habe anfänglich vorgegeben, daß er das Silber gegen Butter und Käse eingetauscht habe, aber nachher gesagt, daß es ihm von einem Schiffer, der im Wirthshause zum schwarzen Bär logire, zum Verkaufen übergeben worden sey; er habe auch sofort bey dem Stadtrathe die Verhaftung des Kerls bewirkt. Das Amtsgericht erkannte durch Zusammenhaltung den zerbrochenen Bügel des Klingebeutels, und verfügte deshalb die Abholung des Verhafteten. Dieser war dann der Joh. Ge. M., über welchen nunmehr die Untersuchung eröffnet ward. Derselbe sagte im ersten Verhöre aus: Er sey aus B. im Hessischen gebürtig, sey früh in Dänische Militärdienste getreten, habe zu Schl. bis etwa vor vier Wochen in Garnison gelegen, sey aber von dort desertiret, auf H. durch die Masch nach P. zu, und von da nach Hamburg gegangen, wo er am 23. Oct. Nachmittag angelangt sey, habe sich daselbst in eine Schiffsstelle begeben, und auf die Abfahrt eines Fährschiffs bis etwa 9 Uhr Abends gewartet, sey alsdann mit dem

Schiffe

Schiffe abgefahren, und in der Nacht 12 Uhr zu S. angekommen, wo er im schwarzen Bär logirt habe: ein fremder Seefahrer, welcher im Fährschiffe mit ihm angekommen, und in demselben Wirthshause eingekehret sey, habe ihm das alte Silber übergeben, mit dem Auftrage, es in der Stadt zu 22 Sch. für das Loth zu verkaufen, und den etwaigen Ueberschuß als Belohnung für seine Mühe zu behalten; er habe also 3 Loth Silber dem Goldschmidt angeboten, und zu 24 Sch. verkauft, den Rest aber zu 8 Loth dem Juden, der ihm auf der Straße begegnet, für 3 rthl. überlassen wollen, welcher zu demselben Goldschmidt gegangen, um es wägen zu lassen, und damit angehalten worden sey. Den angeblichen Seefahrer behauptete er vorher nicht gekannt zu haben. Die Oerter, wo er in den Tagen und Nächten seit seiner Desertion sich aufgehalten, wußte er nicht anzugeben. Da er eine Kundschaft als Strumpfwebergeselle bey sich zu haben angab, ward selbige aus dem Wirthshause herbeygeholt, aber sowohl mit einem fremden Namen bezeichnet, als an einigen Stellen radirt, und mit zweyerley Dinte geschrieben befunden, welches er daher zu erklären suchte, daß er während seines Militärdienstes die Kundschaft von einem Mitgesellen erhalten habe, um bey der vorgehabten Desertion mit Hülfe derselben fortzukommen. Während des Verhörs war der angebliche Seefahrer gleichfalls in Verhaft genommen worden. Dieser sagte im Ganzen eben so, wie jener, aus, behauptete

hauptete das Silber, zusammen 11 Loth schwer, jenem zum Verkaufen gegeben zu haben, und gab dasselbe für die Stücken des zerschlagenen Bügels einer Kniptasche aus, die er seiner Braut bestimmt gehabt, aber nach vorgefallener Veruneinigung aus Verdruß zerschlagen habe. Allein er entsprang, als er aus dem Verhöre weggebracht werden sollte. Der Gastwirth, welcher über die beyden Fremden eidlich vernommen wurde, deponirte: Der Entsprungene sey schon vor zwey Monaten einmal in seinem Wirthshause gewesen; einige Zeit hernach sey der verhaftete Joh. G. M. ebenfalls bey ihm eingekehret: vor etwa vierzehn Tagen wären beyde wieder bey ihm gewesen; er habe sich damals um ihre Namen nicht bekümmert, jedoch hätten sie von sich merken lassen, daß sie Dänische Deserteurs wären; am 23. Oct. Abends um 10 Uhr wären abermals beyde wieder gekommen, hätten zusammen gezehret, und ihre vorige Zeche in lauter kleinen Münzsorten, Sechslingen, Schillingen und Pfennigen, bezahlet; am folgenden Nachmittage habe der nun Entsprungene ihm einiges zerbrochenes Silber zum Kaufen angeboten, und als er sich nicht damit befassen wollen, hätten Beyde unter einander über den Verkauf gesprochen, worauf der arretirte M. ausgegangen sey. Da inzwischen der Kirchendiener R. aus N. nach H. gekommen war, sich zu erkundigen, ob das aus der Kirche gestohlne Silber dahin zum Verkauf gebracht worden sey, und die ihm gerichtlich vorgelegten Stücken an-

erkannt

erkannt hatte, ward der arretirte M. auf Requisition an das Criminalgericht zu J. abgeliefert. Daselbst wiederholte er im summarischen Verhöre seine vorige Aussage. Man legte ihm zugleich die Frage vor, ob er in dasiger Gegend näher bekannt sey, und insbesondere den Ort B. kenne: allein er verneinte dieselbe, und behauptete den Ort zuerst jetzt bey seiner Durchführung gesehen zu haben. Der Goldschmidt Sch. aus B., welcher auf Nachsuchen nach J. beschieden worden war, äußerte in seiner eidlich bestärkten Aussage vorläufig, wie er nicht mit Gewißheit zu bestimmen wage, ob er die beyden Kerls, welche ihm am 23. Oct. das Silber verkauft gehabt, noch kennen werde, weil er sie wegen seiner schwachen Augen durch die Brille angesehen, und überdem den Kleinern, welcher an der Stubenthüre gestanden, nicht genau beobachtet habe; und als er nachher vor dem Inquisiten M. vorbeygeführt worden, behauptete er zwar Aehnlichkeit desselben mit dem kleinern Kerl zu finden, blieb aber dabey, daß er nicht mit Gewißheit bestimmen könne, ob er derselbe sey, und fügte hinzu, der Inquisit komme ihm etwas größer vor. Der Inquisit M. hingegen leugnete durchaus, den Goldschmidt Sch. zu kennen, und in B. bey ihm gewesen zu seyn. Der Kirchendiener R. aus N. erkannte das ihm vorgelegte Silber für das am Klingebeutel befindlich gewesene, und gab mancherley nähere Kennzeichen an, welche genau zutrafen. — Während der Zeit war in Er-

fahrung

fahrung gebracht worden, daß der Arbeitsmann Joh. F. den Inquisiten M. am 22. Oct. in J. gesehen haben solle. Dieser ward hierüber vernommen, und er deponirte eidlich: Er habe am gedachten Tage Abends 4 Uhr in dem Wirthshause des P. zwey fremde Kerls angetroffen, wovon einer der jetzige Inquisit, der andere aber ein langer Mensch in Matrosentracht mit einer grauen Schludderhose gewesen sey. Die Frau des Wirths P., welche damals in der Stube krank gelegen hatte, und gleichfalls eidlich vernommen ward, erinnerte sich zwar wohl, daß an dem Tage zwey fremde Kerls daselbst gewesen wären, konnte sich aber auf die Person des Inquisiten nicht besinnen. Der Inquisit, dem dieses vorgehalten ward, leugnete schlechthin, je in J. gewesen zu seyn. — Es ward ferner in Erfahrung gebracht, daß der Zimmermann Joh. B. unlängst den Inquisiten zu J. gesehen haben sollte. Dieser sagte bey seiner Vernehmung aus: Als er unlängst, kurz vorher, ehe die Kirche zu J. bestohlen worden, mit Holzsägen beschäftigt gewesen, sey der Inquisit mit einem langen Kerl in Matrosenkleidung und einer grauen Schludderhose auf dem Sägeplatze zu ihm gekommen; beyde hätten geäußert, sie kämen von A. und wären von da nach B. gefahren; der Inquisit aber habe insbesondere gesagt, er sey aus dem Hessischen, sey jedoch, nachdem ein anderer Holzsäger Cl. H. ihn in Hessischem Dialect angeredet, umgekehret, und mit dem langen Kerl weggegangen; der Inquisit habe einen

einen Queersack bey sich gehabt, den er auf einen Holzblock geworfen, welches einen Klang verursacht habe. Dieser Aussage trat ein anderer Holzsäger N., auf welchen der Deponent sich berufen hatte, vollkommen bey. Eben dasselbe bekräftigte der Holzsäger Cl. H., mit dem Zusatze, es sey solches am Nachmittage vorher geschehen, ehe die Kirche in J. bestohlen worden, und der Inquisit sey von da nach dem Wirthshause des P., wohin ihn Deponent gewiesen habe, gegangen. Sämmtliche Aussagen wurden eidlich bestärkt. — Noch sagte ein Wirth W. aus: An dem Tage, wo in der vorhergegangenen Nacht die Kirche zu J. bestohlen worden, früh 4½ Uhr, hätten zwey Kerls, die er wie den Inquisiten und den Entsprungenen beschrieb, ihn aus dem Schlafe geweckt, und Brannteweín verlangt; ihrer Angabe nach hätten sie nach H. gehen wollen; beyde hätten gemeinschaftlich, und zwar in kleinen Münzsorten, bezahlt; beyde hätten Ränzel getragen, und das Zeug, worein die Sachen gepackt gewesen, habe, so viel er sich entsinne, roth ausgesehen; er glaube, der kleine Kerl sey der jetzige Inquisit M. gewesen. — Weiter bezeugten Joh. S. und dessen Knecht: Sie hätten am 23. Oct. früh 7½ Uhr beym Ausfahren zwey Kerls, welche einen angefüllten Sack bey sich gehabt, im Moore an den Torf gelehnt gesehen, deren einer, nach der Kleidung zu urtheilen, ob er es gleich nicht gewiß sagen könne, der Inquisit, der andere sehr groß und mit einer Schludderhose

hose bekleidet gewesen sey; und der Deponent S. selbst behauptete nachher eidlich, daß der erstere gewiß der Inquisit gewesen sey. — Der Inquisit M. ward allen diesen Personen vorgeführt, und über die von ihnen ausgesagten Umstände genau befragt; leugnete aber alles ab. Die Personen sagten ihm nochmals alles ins Gesicht, und erinnerten ihn sogar an einzelne Worte; allein er blieb beym Leugnen, und versicherte, er sey niemals in J. gewesen. — Unterdessen war ein Schreiben des Amtsgerichts zu H. eingelaufen, worin gemeldet ward, man habe von einem Inquisiten W., welcher vorhin mit dem M. daselbst wegen Mangel am Raume in einerley Behältnisse gesessen, in Erfahrung gebracht, daß M. in seinem Oberrocke zwischen dem Oberzeuge und dem Unterfutter etwas langes Hartes eingenähet habe, ferner daß derselbe im Gefängnisse mehrmals gesagt, wenn nur der andere hier arretirte, aber entwichene Kerl entkommen sey, so solle man ihm nichts anhaben, indem derjenige ein dummer Mensch seyn müsse, der etwas eingestehe, wobey er nicht ertappt sey, imgleichen daß dem M. beym Ausziehen der Beinkleider verschiedene kleine Silberstücken aus der Tasche gefallen wären, die er aufgesammelt und wieder in die Tasche gesteckt habe. Der Inquisit W. selbst wiederholte in einem auf Nachsuchen ausgewirkten Verhöre dasselbe, und fügte verschiedene zutreffende Umstände aus dem ihm erzählten Lebenslaufe des M. hinzu. Hingegen M. gestand nur so viel,

daß

daß er dem Inquisiten W. im Gefängnisse seinen Lebenslauf erzählet habe, leugnete aber, das gesagt zu haben, was man ihm gegenwärtig vorhalte. Bey der Visitation der Kleidungsstücke fand man indeß weiter nichts, als im Huthe ein kleines Stück Silber, einen metallenen Hemdeknopf und etwas Zündschwamm. Er behauptete, das kleine Silberstück sey von denen, die er zu H. verkauft habe, übrig geblieben; dasselbe sey durch ein Loch in der Tasche, in welcher er alles Silber gehabt, gefallen, er habe es aber am Tage vor dem jetzigen Verhöre zwischen dem Oberzeuge und Unterfutter seiner Beinkleider gefühlet und herausgenommen. — Auf eingezogene Erkundigung bey dem Regimente zu Sch., unter welchem M. gedienet hatte, erfolgte die Antwort, daß derselbe, außer seinen begangenen Desertionen, wegen verschiedener Dieberenen vielfältig bestraft worden sey. — Es ward hierauf zum articulirten Verhöre geschritten; aber auch hier leugnete M. alle Theilnahme an den Kirchendiebstählen gänzlich. Dabey verdienet von seinen Lebensumständen annoch bemerkt zu werden, daß er, nach eingezogenen Nachrichten, wirklich zu N. im Hessischen gebürtig, daselbst erzogen, jedoch nicht wohl unterrichtet worden, nachher zehn Jahre lang in Dänischen Militärdiensten gestanden hatte, aus denselben, nach seiner eignen Angabe, zweymal desertiret, und beyde Male mit Gassenlaufen bestraft worden war, auch zum dritten Male, angeblich weil er bey dem Holzholen

grünes Holz abgesägt gehabt, Spitzruthen gelaufen hatte, sodann wegen Verdacht einer geringern Entwendung und Widersetzlichkeit gegen seinen Unterofficier abermals in Arrest genommen worden, aber in der Nacht vom 16ten zum 17ten Sept. aus der Wache mittelst Durchbrechung einer Wand nebst zwey andern Soldaten desertirt war. — Es hatten sich demnach durch die Untersuchung mehrere Anzeigen ergeben, daß der Inquisit an dem Kirchendiebstahle Antheil genommen. Er hatte sich, nach den bestimmtesten eidlichen Zeugenaussagen, unmittelbar seit der Bestehlung der Kirche zu N. und zu J. in dasiger Gegend aufgehalten. Denn er war am 22. Oct. zu J. und am 23. zu B. gesehen worden, und erst am 24. Nachmittags in H. angekommen. Am 22. Oct., mithin am Tage nach der Nacht, wo die Kirche zu N. bestohlen worden, hatten mehrere Zeugen ihn auf dem Sägeplatze bey J. gesprochen, denen er sogar sein Vaterland genannt hatte, und sie hatten bey dem Hinwerfen seines Quersacks auf den Sägebock einen Klang gehört, welcher leicht durch das darin befindliche Silber verursacht seyn konnte. An demselben Tage war dem Goldschmidt Sch. zu B. ein Theil des gestohlnen Silbers verkauft worden, und einer von den Verkäufern war der Beschreibung nach der Inquisit gewesen. Am 23. Oct., wo der Diebstahl in der Kirche zu J. entdeckt worden, war er früh 4½ Uhr in dem Wirthshause des W. nach dessen Angabe gewesen, mit einem Ränzel, worin rothes

thes Zeug, vielleicht die entwendete Altardecke, gesteckt, und 7½ Uhr war er im Moore mit einem Sakke gesehen worden. Abends 10 Uhr war er nach G., wohin er reisen zu wollen schon gegen den Wirth W. geäußert hatte, zu dem Gastwirth G. gekommen. Daselbst war er mit dem nachher Entsprungenen über den Verkauf des übrigen Silbers einig geworden, und hatte einen Theil desselben ungewöhnlich wohlfeil ausgeboten. In allen diesen Lagen war er in Gesellschaft des Entsprungenen gewesen. Beyde hatten gemeinschaftlich gezehret und bezahlet, und zwar letzteres in kleiner Münze, vielleicht aus dem beraubten Armenstocke. Sein voriges Leben stellte ihn als einen Menschen dar, von welchem man sich der That versehen konnte. Der Verdacht gegen ihn ward dadurch vermehrt, daß er nicht anzugeben wußte, an welchen Oertern er sich seit der Desertion aufgehalten, daß er eine falsche Kundschaft bey sich führte, daß er in den Verhören manche Widersprüche begieng, und daß er solche Thatsachen, welche durch eidliche Zeugenaussagen beglaubigt waren, geradehin leugnete. Indessen waren doch nicht alle einzelne Anzeigen vollkommen berichtigt. Namentlich wagte der Goldschmidt Sch. zu B. nicht, mit Zuverlässigkeit zu behaupten, daß der kleinere von den beyden Kerls, welche ihm das Silber verkauft hatten, der Inquisit gewesen sey, und es dünkte ihn vielmehr jener Kerl nicht so groß, als dieser, gewesen zu seyn; gleichwohl beruhte dieser wichtige Thatumstand einzig auf

der Angabe dieses Deponenten. Auch der Wirth W. wußte nicht gewiß, sondern glaubte nur, Inquisit sey derjenige gewesen, der mit dem langen Kerl bey ihm zugesprochen. Die übrigen Anzeigen waren zwar so beschaffen, daß sie das dem Inquisiten angeschuldigte Verbrechen wahrscheinlich machen konnten, stunden aber doch mit demselben nicht so unmittelbar und nothwendig im Zusammenhange, daß man aus ihrer Verbindung einen sichern Schluß, wie er zum vollständigen Beweise erforderlich ist, auf die Gewißheit, daß das Verbrechen wirklich von dem Inquisiten begangen worden, hätte ziehen, und diesen sofort mit einer angemessenen Strafe belegen können. Da jedoch auf der andern Seite zu viel Verdacht wider den Inquisiten vorhanden war, als daß er völlig losgesprochen werden konnte; so ward er in Ermangelung eines stärkern Beweises nur von der Instanz entbunden, und dem Gerichte blieb bey künftig sich ergebenden neuen Anzeigen die Fortsetzung der Untersuchung wider ihn unbenommen. Gleichwohl schien es für die gemeine Sicherheit gefährlich zu seyn, einen Menschen, der nach den eingegangenen Nachrichten mehrmals grober Vergehungen und besonders Diebstähle halber bestraft worden war, und als Vagabond umherzog, auf freyen Fuß zu stellen. In dieser Hinsicht ward zugleich erkannt, daß er zur Sicherheit in einem Werkhause zu verwahren und zur Arbeit anzuhalten sey.

XVII.

Accord der Gläubiger bis auf den Eintritt besserer Vermögensumstände des Verschuldeten.

Nicht selten trifft ein Verschuldeter mit seinen Gläubigern die Uebereinkunft, daß diese vorjetzt mit der Befriedigung eines Theils ihrer Ansprüche vorlieb nehmen, jedoch sich die Nachzahlung des Rückstandes bey einer künftigen Verbesserung seiner Vermögensumstände vorbehalten. Bey einem solchen Accord beabsichtigen unstreitig beyde Theile ihren Vortheil, indem auf der einen Seite der Schuldner durch die Abwendung der gerichtlichen Strenge einem gänzlichen Ruin zu entgehen sucht, und zugleich einen Keim zum Wiederaufblühen seines Wohlstandes zu behalten glaubt, auf der andern Seite die Gläubiger dem ungewissen Ausgange eines langwierigen und kostspieligen Concurswesens zuvorkommen, und durch ihre Nachsicht zugleich die Hoffnung einer vollständigen Befriedigung um so mehr begründen wollen. Wenn also demnächst bey einer veränderten Lage des Schuldners von den aus dem Accord herstammenden Rechten die Rede ist, so muß nicht bey der Idee einer zu dessen Besten geschehenen Verzichtleistung stehen geblieben, sondern vornemlich der eventuelle Vorbehalt der Gläubiger ins Auge gefaßt werden.

werden. Am meisten kömmt dieses alsdann in Betrachtung, wenn der Schuldner in der Folge zwar wieder Vermögen erworben, aber auch neue Schulden contrahirt hat. Wollte man annehmen, daß den neuen Gläubigern ein ausschließendes Recht an der gegenwärtigen Vermögensmasse des Schuldners zustünde; so würde dadurch das vollkommne Recht, welches die alten Gläubiger bey Schließung des Accords sich vorbehielten, verletzt werden. Eben so wenig läßt sich aber auch behaupten, daß der Vorbehalt der Accord-Gläubiger auf das, was nach Befriedigung der neuen Gläubiger übrig bleibe, eingeschränkt werden müsse. Zwar könnten letztere darüber Streit erregen, ob man überall annehmen dürfe, daß der bey dem Vorbehalt bedungene Fall einer Verbesserung der Glücksumstände wirklich vorhanden sey. Sie könnten nemlich einwenden, daß sie um deswillen voran befriedigt werden müßten, weil nach einem bekannten Grundsatze ein Vermögen überhaupt sich nicht anders. als nach Abzug der darauf haftenden Schulden denken lasse, a) folglich die im Accord erwähnten bessern Vermögensumstände von den alten Gläubigern lediglich auf dasjenige bezogen werden könnten, was nach vollständiger Befriedigung der neuen übrig bleibe. Allein bessere Glücksumstände sind hier schon alsdann vorhanden, wenn der Schuldner

a) Bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno.

ner sich gegenwärtig in einer solchen Lage befindet, daß die Gläubiger ohne seinen gänzlichen Ruin befriedigt werden können. Das neuerworbene Vermögen kann in diesem Verhältnisse nicht als abgesondert von dem vormals bey dem Accord ihm etwa verbliebenen Ueberreste betrachtet werden, sondern beydes macht ein Ganzes, eine gemeinschaftliche Masse aus. Da nun die Accord-Gläubiger auf die gegenwärtige Masse eben so wohl, als die neuen Gläubiger, berechtigt sind; so ist nicht abzusehen, aus welchem Grunde zuerst die letztern vollständig bezahlt, und blos das, was demnächst übrig bleiben möchte, den erstern zugetheilt werden müsse.

Der Kaufmann B. zu W. hatte im J. 1786 ein Falliment gemacht, wobey das Activvermögen 18000 fl., das Passivvermögen aber 40000 fl. betrug. Allein der Concurs war damals durch einen mit den unprivilegirten Gläubigern geschlossenen Accord abgewendet worden. Vermöge dieses Accords hatten die gedachten Gläubiger zwar sich mit 33⅓ pro Cent begnügt, und den Schuldner "vorjetzt" aller Ansprüche entlassen, aber auf den Fall, "wenn derselbe in bessere Glücksumstände kommen sollte," ihre vollständige Befriedigung sich ausdrücklich vorbehalten. Mit ihrem Wissen und Willen hatte der Schuldner mehrere Mobilien und Waaren, welche letztere angeblich meistentheils unverkäuflich waren, übrig behalten, deren Werth auf 4456 fl. geschätzt war.

war. Der Schuldner hatte indeß seine Handlungsgeschäfte fortgesetzt, aber von neuem verschiedene Schulden gemacht. Als er im J. 1792 starb, fand man bey dem Waaren-Sturz und der Inventirung, daß sein Nachlaß 9335 fl. betrug, wovon aber, wenn die neuen Schulden vollständig bezahlt werden sollten, höchstens 2500 fl. übrig blieben. In dem für sämmtliche Gläubiger angesetzten Liquidationstermine meldete sich unter andern ein vormaliger Accord-Gläubiger, der Kaufmann S. aus N. mit einer Summe von 786 fl. Zugleich nahmen aber auch die B — n Relicten wegen einer aus einer Ehestiftung der Witwe B. v. J. 1778 herrührenden Forderung den Vermögens-Rest in Anspruch, und wollten vor den Accord-Gläubigern voraus befriedigt seyn. Allein es erfolgte nach beschlossenem Verfahren der Bescheid: "Daß der Kaufmann S. seine Befriedigung mit den B — schen Gläubigern zugleich verlangen könne, und dagegen der B — schen Witwe aus ihren mit dem gemeinschaftlichen Schuldner geschlossenen Ehepacten ein Vorzugsrecht vor demselben nicht gebühre." Dagegen ward zwar appellirt, aber die Appellation wegen Unerheblichkeit der Beschwerden in der höhern Instanz verworfen. Jetzt versuchte man durch das Rechtsmittel der Revision eine Abänderung des Bescheides zu bewirken. Die B — n Relicten behaupteten nemlich, die Bedingung einer Verbesserung der Glücksumstände des gemeinschaftlichen Schuldners, unter welcher dem Kauf-

Kaufmann S., als einem alten Gläubiger, die vollständige Befriedigung im Accord vorbehalten worden, sey gegenwärtig nicht eingetreten, indem dasjenige, was die damaligen Gläubiger dem Verschuldeten aus Großmuth in den Händen gelassen, nicht als ein neuer Erwerb, wodurch dessen Glücksumstände sich verbessert hätten, angesehen werden könne, sondern allein zum Besten des Schuldners, und für dessen Frau und Kinder, stehen geblieben sey. Unter diesen Umständen wollten sie dem Kaufmann S. keinen Anspruch am Nachlasse einräumen, weil er in dem Accord seine Forderung, den Fall verbesserter Glücksumstände ausgenommen, gänzlich aufgegeben habe, und wenn er ein Recht auf den Ueberrest vorbehalten wollen, selbiges ausdrücklich und deutlich habe geschehen müssen, die neuen Gläubiger aber aus dem Nachlasse im Voraus ihre Befriedigung verlangen könnten, da der Schuldner, welcher nach dem Falliment gleichsam von neuem zu handeln angefangen, nothwendig Waaren habe auf Credit nehmen müssen, um wieder zu Kräften zu kommen, und vor erfolgter Bezahlung der neuen Schulden ein Ueberrest des Vermögens sich nicht denken lasse. Allein diese Gründe waren nicht zureichend, eine Abänderung des Erkenntnisses zu bewirken. Denn es konnte 1) gar wohl behauptet werden, daß gegenwärtig bessere Glücksumstände des gemeinschaftlichen Schuldners existirten, da das ihm bey dem Accord übrig gelassene Vermögen von 4456 fl.

welche

welche Summe wegen des sehr zweifelhaften Werths der Waaren nicht einmal mit Gewißheit angenommen werden konnte, bis auf 9335 fl. vermehrt worden war, und der Satz, daß das reine Vermögen nur nach Bezahlung der Schulden denkbar sey, auf die gegenwärtige Lage der Sache um deswillen nicht angewendet werden konnte, weil sich kein rechtlicher Grund absehen ließ, warum die neuen Gläubiger den Vorzug haben, und der Kaufmann S. nachstehen sollte, auch letzterer, wenn selbst die übrigen Accord-Gläubiger schwiegen, dennoch seinen Anspruch geltend machen konnte, wie denn die neuen Gläubiger mit seinem Schaden bereichert seyn würden, wenn sie von ihm befriedigt werden sollten. Insbesondere waren 2) die Ansprüche der Revidenten nicht so beschaffen, daß ihnen ein Vorzug deswegen gebührte. Denn a) die Forderung, die sie für die Witwe des gemeinschaftlichen Schuldners aus der Ehestiftung machten, waren nicht etwa auf ein zugebrachtes Vermögen derselben, sondern auf eine im Witwenstande ihr ausgesetzte Unterstützung gerichtet. Diese konnte sie aber nicht anders, als nach Bezahlung der Schulden, verlangen, bis dahin sich kein Nachlaß denken ließ, aus welchem sie den Unterhalt hätte fordern können. In der Ehestiftung lautete es folgendermaßen: "Im Fall der Bräutigam vor der Braut mit Tode abgehen sollte, so soll von seinem gesammten Vermögen ein Kapital von 3000 fl. an einen gewissen sichern Ort hingeliehen werden,

werden, wovon die Braut, so lange sie im Witwerstande lebt, es mögen aus dieser Ehe Kinder erzeugt werden, oder nicht, die jährlich abfallende Zinse als ein Witwengehalt, nebst einer freyen Wohnung im Hause, zu genießen hat. Sollten aber die Umstände nicht gestatten, daß die Braut ihren Witwensitz in dem Wohnhause haben könnte, so soll dieselbe die Zinsen von einem andern Kapital von 400 fl. statt eines Hauszinses zu erheben haben. Eben so wenig fand b) ein Anspruch Statt, welchen eine Tochter des gemeinschaftlichen Schuldners, verheirathete P., auf einen in der Ehestiftung ihr bestimmten Voraus machte. Denn einmal war dieser Voraus auf den nicht eingetretenen Fall beschränkt, wenn aus der zweyten Ehe Kinder gebohren würden, in den Worten: "Wenn aus dieser Ehe Kinder erzeugt werden, so sollen die drey Kinder erster Ehe 6000 fl. zum Voraus haben, und einander, so lange eines derselben entweder in Person, oder in legitimer Abstammung vorhanden, dermaßen substituirt seyn, daß, da eines oder mehrere derselben mit Tode abgiengen, dessen oder deren Antheil an den 6000 fl. Voraus den übrigen annoch lebenden vollbürtigen Geschwistern, mit Ausschließung der Halbgeschwister, erbweise zufallen. Das, was also nach Abzug des zum Witwengehalt ausgesetzten Kapitals von 3000 fl. und des den Kindern erster Ehe bestimmten Voraus von 6090 fl. an zeitlichem Vermögen übrig bleibet, sollen alsdann die Kinder erster und zweyter

Ehe

Ehe in capita unter sich, mit Ausschließung der Mutter, als welche sich alles Erbrechts auf ihres Bräutigams Vermögen begiebt, und sich blos mit dem Witthum begnügen will, vertheilen." Sodann hätte der Voraus aus dem nachgelassenen Vermögen des gemeinschaftlichen Schuldners hergenommen werden müssen, dergleichen aber nach der rechtlich zu bewirkenden Befriedigung der Gläubiger nicht mehr vorhanden war. Ohnehin war die Ehefrau P. mit ihrer Forderung ausgeschlossen, da sie sich weder bey dem Accord, noch im Licitationstermine gemeldet hatten. — Noch hatten die Revidenten durch beygebrachte Gutachten Hamburger und Leipziger Kaufleute darzuthun gesucht, daß man in der gegenwärtigen Lage eine Verbesserung der Vermögensumstände nicht annehmen könne. Allein auch dadurch vermogten sie ihre Behauptung nicht zu begründen. Denn einmal beurtheilten diese, ohnehin nur einseitig und außergerichtlich eingeholten Gutachten die Sache nach der bloßen Billigkeit. Sodann stimmten die Kaufleute, von welchen die Gutachten ausgestellt waren, nicht einmal überein, sondern einige derselben waren der entgegengesetzten Meinung. Endlich kam es hierbey einzig auf Rechtsgründe an, und es konnte aus den blos im Allgemeinen ausgestellten Privat-Gutachten kein gemeines Gewohnheitsrecht dargethan werden.

XVIII.

Ueber die Befugniß einzelner Gemeinheitsglieder, auf Ablegung der Gemeinheitsrechnungen zu dringen.

Vorsteher und Administratoren gemeinheitlicher Einkünfte sind, als Verwalter fremder oder gemeinschaftlicher Güter, über die Verwendung derselben ihrer Gemeinheit Rechnung abzulegen, unstreitig verbunden. a) Bleiben sie mit der Erfüllung dieser Verbindlichkeit im Rückstande; so ist zunächst die ganze Gemeinheit sie dazu anzuhalten berechtigt. Ob die Einkünfte selbst stehend sind, oder blos aus den Beyträgen der Mitglieder zu den vorkommenden Bedürfnissen bestehen, macht hierbey keinen Unterschied weiter, als daß, wo nicht ein Anderes rechtlich eingeführt ist, die Rechnungsablegung, im ersten Falle, nach der von Kirchen und milden Stiftungen hergenommenen Analogie, alljährlich, im zweyten Falle aber jedesmal nach Vollendung des Geschäftes, zu welchem die Beyträge gesammlet worden sind, gefordert werden kann. Gesetzt aber, daß die Gemeinheit selbst den Administrator zur Berechnung anzuhalten unterläßt; so sind eben

a) *L. 2. L. 23 D de negot. gest.* (III, 5.) *L. 10. §. 9. D mandati* (XVII, 1.) *§. 1. Inst. de obligat. quasi ex contr.* (III, 28.)

eben sowohl einzelne Mitglieder berechtigt, dahin anzutragen, daß die Rechnungen nach gehörig bewirkter Zusammenberufung der Gemeinheit, vorgelegt werden, sobald sie ein besonderes Interesse haben, zu wissen und zu erfahren, ob und wozu die Einnahmen verwendet worden sind, b) und können dieses Recht wegen ihres Interesse gerichtlich geltend machen, ohne dazu eines Auftrags der ganzen Gemeinheit zu bedürfen.

Gegen den Schulzen zu O. klagten einige Gemeindeglieder auf Rechnungsablegung wegen der Geldbeyträge, welche von ihnen, wie von den übrigen Mitgliedern, zu einem mit ihrer Herrschaft über eine geforderte, aber verweigerte Wegebesserung bevorgestandenen Proceß geleistet worden, aber nachher, weil es nicht zum Proceß gekommen, bey ihm liegen geblieben wären. Der Klage war ein von den Eingesessenen des Dorfs O. und einigen Kötern unterschriebene Aufsatz beygelegt, in welchem jedoch der Beklagte an die Ablegung der Rechnung blos erinnert wurde: und obgleich bald nachher die Kläger auf Verlangen noch einen andern auf den Proceß sich beziehenden Aufsatz gegen den Beklagten beygebracht hatten, so enthielt doch eben dieser Aufsatz zugleich die Erklärung einiger von ihm mit aufgeführten Mitglieder, daß sie von der gedachten Forderung abstün-

b) *Hommel* Rhapsod. obs. 95.

abstünden. Der Beklagte erklärte das Gesuch der Kläger zuförderst um deswillen für unstatthaft, weil es nicht von der gesammten Gemeinheit, welche aus der Bauerschaft und dem Dorfe O. bestehe, angebracht sey, und weder der erste von den angeführten Aufsätzen einen Auftrag zur gerichtlichen Verfolgung der Sache, noch der zweyte die Zustimmung aller Gemeinheitsglieder enthalte. Hiernächst suchte er sich von der an ihn gerichteten Forderung selbst aus dem Grunde zu befreyen, weil in der Klage nicht einmal eine Zeit der abzulegenden Rechnung angegeben sey, gleichwohl er unmöglich alljährlich Rechnung ablegen könne, da die Gemeinheit keine stehenden Einkünfte und keine Kasse habe, sondern er, als Schulze, ihr die zu vorkommenden Bedürfnissen erforderliche Ausgaben jedesmal kund mache, und die zu leistenden Beyträge bestimme, wo dann jedes Mitglied selbst nachrechnen, und sich selbst sowohl von der Nothwendigkeit, als von der richtigen Verwendung seines gelieferten Beytrags leicht überzeugen könne. Ueberdem führte er an, daß er vor einigen Jahren die Gemeinheit zusammenberufen lassen, und vor ihr andere Rechnungen abgelegt habe, sämmtliche Anwesende aber damals die jetzt verlangte Berechnung nicht in Anregung gebracht, am wenigsten rückständige Gelder gefordert hätten. Endlich behauptete er, daß von den Beyträgen, welche den Gegenstand des jetzigen Processes ausmachten, nichts übrig geblieben sey, weil er damals zur Unterdrük-

kung des bevorgestandenen Processes mehrere ansehnliche Geschenke habe machen müssen. Allein sämmtliche vorgeschützte Einreden konnten ihn von der erhobenen Klage nicht befreyen. Denn 1) nach den obigen Grundsätzen waren die Kläger, als besonders interessirte Gemeinheitsglieder, zum Proceß allerdings berechtigt. Ihr besonderes Interesse aber war ganz klar, da sie nicht nur sonst bey dem von Zeit zu Zeit aus der gemeinschaftlichen Mark zu veranstaltenden Holzverkaufe ihren Antheil von den Kaufgeldern erhalten und zu vorkommenden Bedürfnissen ihre Beyträge liefern mußten, sondern auch insbesondere zu dem gedachten Proceß, welcher mit der Herrschaft bevorgestanden, die ihnen angesagten Beyträge wirklich geliefert hatten, und das, was davon unnöthiger Weise ausgegeben worden, zurückzufordern wohl befugt waren. Daß 2) die Gemeinheit keine beständige Einkünfte hatte, und deshalb keine jährliche Rechnungsablegung erfolgen konnte, war ein ganz unerheblicher Umstand, da er eben sowohl die Beyträge zu den vorgekommenen Bedürfnissen, deren Empfang er nicht in Abrede stellte, zu berechnen verbunden war. Was er 3) wegen einer vor der Gemeinheit abgelegten Rechnung überhaupt anführte, und durch ein beygefügtes Attestat einiger Gemeinheitsglieder zu bescheinigen suchte, war zu seiner Absicht unzureichend, da das letztere, als ein unbeschwornes Privat-Attestat, ohnehin keine Beweiskraft hatte, und außerdem nicht

einmal

einmal besagte, daß die ganze Gemeinheit damals gehörig zusammenberufen gewesen sey, auch überall nur im Allgemeinen von Abrechnungs-Jahren, ohne genauere Angabe derselben, redete. Endlich brauchten 4) die Kläger bey der Behauptung, daß wegen der gemachten Geschenke damals von den Beyträgen nichts übrig geblieben sey, sich nicht zu beruhigen, da er weder die Wirklichkeit und den Betrag der Geschenke, noch die Nothwendigkeit derselben nachgewiesen hatte. — Demnach ward der Beklagte, "vor der Gemeinheit zu O. von den erhobenen Geldbeyträgen und der sonstigen Einnahme binnen vier Wochen, Einwendens ungehindert, die rückständigen Rechnungen abzulegen," schuldig erkannt.

XIX.

Natürliche Gränzen allgemeiner Geschäftsaufträge.

Wenn schon bey solchen Aufträgen, die sich auf ein einzelnes Geschäft beschränken, leicht Streit darüber entstehen kann, ob und wie weit der Principal an die Handlungen seines Bevollmächtigten gebunden sey; so muß dasselbe bey denjenigen Bevollmächtigten, die zu Geschäften überhaupt, oder wenigstens zu ganzen Gattungen von Geschäften gebraucht werden, um desto häufiger vorkommen,

kommen, je unbestimmter alsdann der Auftrag, und je schwankender die davon abhängige Gewalt zu seyn pflegt. So groß aber auch der Umfang eines gegebenen Auftrags scheinen mag; so darf er doch nicht weiter ausgedehnt werden, als so weit der angegebene oder zu vermuthende Wille des Principals gegangen ist. Hat dieser dem Auftrage irgend eine Einschränkung beygefügt gehabt; so ist er schon nach allgemeinen Grundsätzen von dem Mandate an das, was der Bevollmächtigte wider die erhaltene Ordre unternommen hat, nicht gebunden. a) Aber auch da, wo der Bevollmächtigte ohne Angabe eine Einschränkung angestellt worden ist, kann derselbe nur dasjenige, was zu der benannten Gattung von Geschäften gehört, oder was der Principal bey der Uebertragung vernünftiger Weise, und eben darum nach wahrscheinlichen Gründen gemeint haben muß, auf eine für denselben verbindliche Art verrichten. Denn es ist einleuchtend, daß der Bevollmächtigte geradezu wider den Willen des Principals handeln würde, wenn er etwas unternähme, was offenbar außer dem ihm angewiesenen Geschäftskreise läge. Freyer und ausgebreiteter ist zwar die Gewalt desjenigen, der zu einem allgemeinen Geschäftsführer auf eine völlig unbestimmte Weise (procurator omnium rerum, s. vni-

a) *L. 27. pr. D. de procuratoribus* (III, 2.) *L. 10. C. eod.* (II, 13.) *L. 12. C. mandat.* (IV, 35.)

vniuersorum bonorum) von Jemanden angenommen ist. b) Da indessen sich von einem vernünftigen Menschen nicht erwarten läßt, daß er sich und das Seinige der Laune eines Andern überlassen werde, so kann auch die Gewalt unmöglich so weit ausgedehnt werden, daß der Bevollmächtigte nach Willkühr Geschäfte schließen und Handlungen unternehmen dürfte, welche der Gewaltgeber entweder sich nicht vorher gedacht hat, oder vermuthlich mißbilligen würde, weil sie zu seinem Nachtheile gereichen. Vielmehr ist das hierbey zum Grunde liegende Verhältniß so verschiedenartig, daß über einzelne Handlungen des Bevollmächtigten gar sehr die Frage entstehen kann, ob derselbe sie zu unternehmen befugt sey, oder nicht. c) Die Veranlassung und der

b) *L. 1. §. 1. D de procurat. L. 63. eod. L. 12. D. de pactis* (II, 13.) *L. 17. §. 3. D de iureiurando* (XII, 2.) *L. 12. de solutionibus* (XVI, 3.) *L. 3. §. 2. D. iudicatum solui* (XLVI, 7.)

c) *Gerh. Noodt* de pactis et transact. c. 27. sagt: Non vna et simplex est forma *mandati omnium rerum*, vel etiam *liberae administrationis omnium negotiorum:* — Saepe differentiam facit voluntas domini expressa; aliquando rerum, quae mandantur, conditio. Adeo, cum quid fecit procurator, cui conceditur libera rerum, aut simpiciter rerum omnium admi-

der Zweck des Auftrags, die Lage und die gewöhnliche Handlungsweise des Gewaltgebers müssen in vorkommenden Fällen den Grad der Freyheit bestimmen, mit welchem der Bevollmächtigte zu Werke gehen darf. Gesetzt, daß Jemand bey einer vorhabenden Veränderung seines Wohnorts einem Zurückbleibenden die Besorgung aller seiner dasigen Angelegenheiten überließe; so würde dieser in Ermangelung eines näher bestimmten Auftrags nicht befugt seyn, den zurückgelassenen Schuldnern die Forderungen seines Gewaltgebers ohne Rücksprache zu erlassen, oder Vergleiche darüber zu schließen. Ueberhaupt aber würde ein allgemein bestellter Güterverwalter sich keine willkührliche Veräußerungen der Substanz erlauben dürfen, weil er allein zur Erhaltung der Güter beauftragt ist, und er würde nur nothwendige Veräußerungen unternehmen können, das heißt solche, auf welche ein Dritter zu dringen vollkommen berechtigt ist, ohne welche der Principal durch Untergang oder Verringerung einer Sache offenbaren Schaden leiden würde. So sagt Modestin: d) Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles, neque seruus sine speciali domini mandatu, alienare potest, nisi

administratio: potest facti quaestio esse, an iure fecerit.

d) *L. 63. D. de procuratoribus.*

nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt. Eben so würde derselbe zwar nicht willkührlich Gelder aufleihen dürfen, wohl aber da, wo es die Nothwendigkeit erfordert, als zur Ausbesserung eines den Einsturz drohenden Gebäudes, oder zur Abtragung einer mit hohen Zinsen beschwerten Schuld, oder wo der Principal selbst zu seinem Verkehre von Zeit zu Zeit Gelder aufzunehmen pflegte, oder mit Vortheil aufnehmen würde. e) Nur unter gleicher Voraussetzung der Nothwendigkeit oder des offenbaren Vortheils würde er allerhand Novationen unternehmen, Processe führen, Vergleiche schließen, und Schulden tilgen können. f) Nicht weniger würde es in Rücksicht auf Veräußerungen und andere Unternehmungen einen großen Unterschied machen, ob der Bevollmächtigte beauftragt wäre, mit den Gütern des Principals Verkehr zu treiben, oder blos das Vermögen zu administriren und die Geschäfte zu besorgen. Beyde Aufträge lassen sich von einander getrennt, und sogar an zwey verschiedene Personen vertheilt denken. Bemerkenswerth ist hier noch das Verhältniß beym Cerv. Scävola: g) Lucius

e) Arg. *L. 11. §. vlt. L. 12. D. de pign. act.*

f) *L. 20. §. 1. D. de nouationibus* (XLVI, 2.) *L. 87. D. de solutionibus* (XLVI, 3.) *L. 59. D. de procurat. L. 12. D. de pactis.* Ueber *L. 60. D. de procurat.* s. *Noodt* l. c.

g) *L. 60. §. 4. D. mandati vel contra* (XVII, 1.)

Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita. Seio filio suo salutem. Ego quidem secundum naturam esse existimo pro patre et patris filiis negotiari sine aliqua concessionis inquisitione: si autem necessitas alicuius talis erit, concedo tibi de omnibus meis, vt vis, negotiari, siue vendere vis, siue pacisci, siue emere, siue quodcunque operari, vt domino omnium meorum; me omnia firma esse a te facta existimante, et non contrarium dicente tibi ad vllam operationem. Quaesitum est, si quid non administrandi animo, sed fraudulenter alienasset, vel mandasset, an valeret? Respondi, eum, de quo quaereretur, plene quidem, sed quatenus res ex fide agenda esset, mandasse. Item quaero, an cum Seius magistratu functus debitor extitisset, Lucius Titius eo nomine conueniri posset, vel res eius obligatae essent, propter verba epistolae suprascripta? Respondi, neque conueniri posse, neque res obligatas esse. Auf diese Art erklärt sich leicht der von Cajus aufgestellte Grundsatz, h) daß man nicht bey demjenigen stehen bleiben dürfe, was ein solcher Bevollmächtigter gethan habe, sondern immer dahin sehen müsse, ob das, was er gethan, ex negotiis, oder ex administratione, das heißt, dem Geschäftsauftrage, oder dem Verwaltungszwecke angemessen sey.

I. Der

h) *L. 9. §. 4. D. de acquir. rerum domin.* (XLI, 1.) *L. vlt. C. de curator. furios.* (V, 70.)

I. Der Notarius N. suchte und erhielt von dem Gutsbesitzer A. ohne Vorzeigung eines besondern Auftrags ein Geldanlehn für den Gutsbesitzer B., von dem er vorher schon in vielen Geschäften gebraucht worden war, und händigte jenem einen angeblich von diesem ausgestellten, und mit dessen Namensunterschrift und Familiensiegel versehenen Wechsel darüber ein. Als in der Folge A. den B. auf Bezahlung des Wechsels belangte, leugnete dieser die Ausstellung desselben, und den Empfang der Gelder eidlich ab. Jetzt suchte A. auf dem Wege einer Entschädigungsklage wieder zu dem Seinigen zu gelangen. Er belangte nemlich den B. aus dem Grunde, weil dieser bisher den Notar mittelst Ausstellung einer allgemeinen Vollmacht immer in seinen Geschäften gebraucht, und durch denselben mehrmals sowohl bey ihm, als bey andern Personen Geldanleihen erhalten, und bald baar, bald durch Anweisung auf seine Pächter wieder bezahlet habe, ohne nachher ein Verbot bekannt zu machen, daß demselben ohne besondere Anweisung kein Geld auf seinen Namen weiter verabfolgt werden solle, wodurch er dann auch zu der gegenwärtigen Anleihe verleitet worden sey. Allein 1) es zeigte sich, daß der Kläger bey der Darleihung nicht die erforderliche Vorsicht beobachtet hatte. Denn er hätte schon um deswillen zuvor Erkundigung bey dem Beklagten einziehen müssen, weil dieser bisher dergleichen Anleihen gemeiniglich nicht anders, als

gegen

gegen Anweisungen auf seine Pächter und deren Annahme hatte eröffnen lassen. Auch hätte ihn der Umstand, daß die Namensunterschrift des Wechsels nicht, wie der Beklagte sonst immer gethan hatte, mit C. F. B., sondern nur mit F. B. bezeichnet war, aufmerksam machen müssen. Die Untersiegelung des Wechsels mit dem Familien-Petschafte konnte ihn hierunter nicht so beruhigen, als wenn solches mit dem eigenthümlichen Petschaft des Beklagten geschehen wäre, wie denn der Notar das Familien-Petschaft wirklich nicht von ihm, sondern von seinem Bruder in Händen gehabt hatte. Der Beklagte leugnete aber auch 2) gänzlich, daß der Notar eine allgemeine Vollmacht, die zugleich auf Geldgeschäfte bezogen werden können, von ihm in Händen gehabt habe; und wenn er denselben zu mancherley Geschäften bevollmächtigt hätte, so dürfte solches darum nicht auf andere Geschäfte erstreckt werden. Eben daher ließ sich auch nicht behaupten, daß der Beklagte verbunden gewesen sey, ein Verbot bekannt zu machen, nach welchem Niemand auf seinen Namen ohne besondere Anweisung an seine Pächter dem Notar Gelder leihen solle, und daß jetzt der Kläger sich mit dem Mangel eines solchen Verbots sich entschuldigen könne. Alles kam jetzt darauf an, ob und wie weit der Notar zu den Geschäften des Beklagten bevollmächtigt gewesen war. Hatte der Notar einen allgemeinen Auftrag, auch für die Geldgeschäfte, gehabt, so mußte

der

der Beklagte für das Anlehn einstehen. Dagegen durfte ein nur unbestimmt gefaßter Auftrag nicht auf Geld-Anleihen, die für den Beklagten von den nachtheiligsten Folgen werden konnten, ausgedehnt werden. Vielmehr war alsdann der Beklagte zur Bezahlung nicht verbunden; obgleich dem Kläger die Ausführung seines Rechts wider den Notar unbenommen blieb. Da nun dieser Umstand durch Beweisführung ausgemittelt werden mußte; so ward erkannt: "Daß Klägers Suchen nicht Statt findet, sondern derselbe mit der erhobenen Klage, unter Vorbehalt seines Rechts gegen den Notar N., hierdurch abgewiesen, auch die dadurch verursachten Kosten, nach vorgängiger Ansetzung und richterlicher Ermäßigung, dem Beklagten zu erstatten schuldig erklärt wird; er könnte und wollte denn den Grund seiner Behauptung, daß der Notar L. zur Zeit der Anleihe mit einer allgemeinen Vollmacht des Beklagten zu dessen sämmtlichen Geldgeschäften versehen gewesen, binnen Ordnungsfrist gehörig erweisen, dessen genösse er billig, und ergehet sodann, der Beklagten Gegenbeweis, beyder Theile Eidesdelation, und andere rechtliche Nothdurft binnen ebenmäßiger Frist vorbehältlich, ferner in der Sache, was Recht ist.

II. Der Kaufmann K. aus L. war im Frühjahre 1794 bereits in Person bey dem Gutspachter B. zu P. gewesen, und hatte ein Gebot auf dessen vorräthige

thige Wolle gethan. Im Frühjahre 1795 schickte er seinen Wolltreter M. in Wollgeschäften in die dasige Gegend, welcher an vielen Oertern entweder dergleichen Geschäft wirklich abschloß, oder wenigstens nach Wolle fragte. Dieser W. kam auf der Reise auch zu dem Gutspachter B., brachte ihm einen Gruß von seinem Herrn, und bot ebenfalls auf die Wolle. Da sie des Handels damals nicht einig wurden, reisete er wieder weg, kam aber nach vierzehn Tagen zurück, schloß den Handel ab, nahm darüber einen Aufsatz des B. in Empfang, und gab zwey Speciesthaler auf die Hand. Hierauf kehrte er zu seinem Herrn zurück, und benachrichtigte denselben von dem Vorgange, mit dem Zusatze, daß er gegen den B. sich gestellet, als ob er schon wisse, daß dieser seine Wolle noch liegen habe, und daß er sich in das Geschäft weiter eingelassen habe, weil er einen guten Handel zu machen geglaubt. Dagegen mißbilligte der Kaufmann K. das geschlossene Geschäft, und hielt sich zu dessen Erfüllung nicht verbunden, ließ auch dem B. das Aufgeld wieder abfordern. Als hierauf B. den K. wegen Erfüllung des Contracts belangte, brachte dieser folgende Einwendungen vor: Der Contract sey nicht mit ihm, sondern nur mit seinem Wolltreter geschlossen worden, und da dieser weder einen besondern Auftrag von ihm vorgezeigt habe, noch mit einem Factor oder Handlungsdiener verwechselt werden dörfe, so sey nicht abzusehen, wie der Kläger habe glauben können,

können, daß ihm der Wolleinkauf anvertraut sey; ihm sey in der erhaltenen Instruction nicht sowohl die Schließung ganz neuer, als vielmehr die Vollziehung einiger von ihm selbst bereits eingeleiteter Wollhändel, und hiernächst die Erkundigung nach Wollvoräthen bey bestimmten Personen anbefohlen gewesen; der streitige Handel sey völlig wider Ordre geschlossen, indem er, Beklagter, dem W. bey der Abreise nicht allein eine genaue schriftliche Instruction, die er selbst zu den Acten lieferte, mitgegeben, solche in Gegenwart eines andern Wolltreters vorgelesen und erkläret, und dabey die größte Behutsamkeit eingepräget, sondern auch hinzugefügt habe, daß, wenn man ihm etwa anderswo Wolle anbiete, er solches zwar in seiner Schreibtafel bemerken, und bey der Rückkunft anzeigen, aber durchaus zu keinen andern Beamten und Pächtern, als zu den in der Instruction angezeigten, hingehen, noch weniger Wolle wirklich erhandeln solle, imgleichen daß er, als W. ihm den erwähnten Aufsatz des Klägers vorgezeigt, ihm unter Zurückgabe desselben einen derben Verweis gegeben, und ihn aus der Arbeit zu treiben gedrohet, mit dem Zusatze, daß er die Wolle des Klägers, wozu er ihm keine Ordre gegeben, auf keinen Fall annehmen werde, sondern er nach P. zurückgehen, solches dem Kläger eröffnen, und sich die zwey Speciesthaler zurückgeben lassen möchte, weil er ihn auf keine Weise vertreten, sondern ihm vielmehr auf den Fall, wenn der Kläger

die Rückgabe des Geldes verweigere, dasselbe von seinem Lohne abziehen werde, da ihn der Handel nichts angehe, und er einen so hohen Preiß nicht geben könne; noch nie habe er durch den W. einen Wollhandel geschlossen gehabt; der Kläger habe sich mit demselben, ohne ihm eine bestimmte Vollmacht abzufodern, nicht einlassen, auch durch das Handgeld, welches W. ohnehin vielleicht nur auf den Fall der erfolgenden Genehmigung gegeben habe, verleiten lassen sollen; W. sey, seiner Angabe nach, sogar zu dem Geschäfte von dem Kläger verleitet worden, indem dieser, als er von ihm gehöret, daß er nach dem Auftrage seines Herrn bey verschiedenen Gutsbesitzern nach Wolle fragen lassen, zu ihm gesagt, wie er seinen Herrn recht wohl kenne, und ihm seine Wolle angeboten und vorgezeiget, auch einige Zeit nachher bey seiner Rückkehr durch P. ihn nochmals zur Besichtigung derselben zu sich eingeladen, ihm dabey versichert, daß ein Kaufmann L. bereits $8\frac{1}{2}$ rthl. für den Stein geboten, er hingegen aus Freundschaft sie gern für denselben Preiß an seinen Herrn überlassen wolle, und auf solche Art durch anhaltendes Zureden ihn zur Schließung des Handels bewogen, auch sofort einen kurzen Aufsatz darüber verfertigt habe. —

Allein es war weder an sich unerhört, noch insbesondere unter den erwähnten Umständen unglaublich, daß W. zu dem Geschäfte beauftragt sey. Da

er

er als Wollarbeiter die Güte oder die Mängel der Wolle am besten kennen mußte; so konnte ihm der Wolleinkauf vernünftigerweise wohl anvertraut seyn. Auch hatten zwey vor dem Handelsgerichte zu L. darüber abgehörte dasige Wollhändler ausgesagt, daß die Wollhandel treibenden Kaufleute zu L. oft, ja gewöhnlich durch ihre Wolltreter oder Wollsortirer sowohl am dortigen Orte, als in den umliegenden Gegenden und Ländern Wolle einkaufen ließen, sobald sie denselben die erforderliche Kenntniß und Treue zutrauten, daß sie denselben keine schriftliche Vollmachten oder Beglaubigungen an diejenigen Personen, mit welchen sie dergleichen Geschäfte schließen sollten, mitzugeben, sondern nur Instructionen, den Wollhandel selbst betreffend, den Umständen nach bald schriftlich, bald mündlich zu ertheilen pflegten, und die in Gemäßheit der empfangenen Aufträge abgeschlossenen Wollhändel von ihnen genehmigt und erfüllt würden. Insbesondere war W., obgleich nicht vorhin, doch zu eben der Zeit, wo er den streitigen Wollhandel geschlossen, von dem Beklagten in Wollgeschäften in der Gegend weit umher gereiset; der Beklagte hatte schon im vorhergegangenen Jahre ein Gebot auf die Wolle des Klägers gethan, und dieser mußte sehr natürlich auf den Gedanken kommen, daß der Beklagte das Wollgeschäft mit ihm durch denselben schließen wolle.

Sehr erheblich war aber die Einrede des Beklagten, daß er dem W. die Schließung neuer

Wollgeschäfte, außer mit solchen Personen, die ihm dazu ausdrücklich genannt worden, untersagt gehabt. War die Richtigkeit dieser Einrede in Gewißheit gesetzt, so mußte der Beklagte von der Klage entbunden werden, weil er ein wider sein Verbot geschlossenes Geschäft nicht zu genehmigen und zu erfüllen brauchte. Zu dieser Absicht war jedoch die zu den Acten gebrachte, aber mit nichts beglaubigte Instruction, die er dem W. mitgegeben, und vorher im Beyseyn eines andern Wolltreters vorgelesen haben wollte, nicht zureichend, sondern die Sache mußte auf rechtsbeständige Weise von ihm dargethan werden. Dem Beklagten ward daher der Beweis, daß sein Wolltreter W. bey Schließung des Handels wider seine Ordre gehandelt habe, nachgelassen, und auf diesen Fall die Entscheidung sowohl der Hauptsache, als des Kostenpuncts ausgesetzt.

XX.

Rechtliche Voraussetzung tauglicher Waaren bey einem auf mehrere Quantitäten geschlossenen Lieferungscontracte.

Wenn ein Lieferungscontract unter Abwesenden auf mehrere Quantitäten geschlossen worden ist; so setzt der Käufer, welcher die Waaren nicht vorhergesehen hat,

hat, mit Recht voraus, daß jede Quantität in tauglicher Waare geliefert werde. Gesetzt also, daß er einige abschläglich gelieferte Quantitäten in untauglicher Waare angenommen und für den einmal verabredeten Preiß verrechnet hat; so kann er zwar der Erfüllung des Contracts in Ansehung der übrigen annoch zu liefernden Waaren sich nicht entziehen, aber er ist darum nicht verbunden, dieselben in eben der Waare, wie die empfangenen, anzunehmen. Denn so gewiß auf der einen Seite die Abrede der Lieferung sich über sämmtliche, sowohl übersandte und verrechnete, als noch zu übersendende und zu verrechnende Quantitäten erstreckt, und folglich der Contract bis dahin durch die Annahme und Verrechnung nur als zum Theil erfüllt zu betrachten ist; so wenig kann auf der andern Seite diese Annahme als eine durch die That begründete Entsagung seines Rechts in Betreff der annoch zu liefernden Quantitäten angesehen werden.

A. war von einem Handlungshause zu einer Lieferung an Hafer für ein benachbartes Truppen-Corps beauftragt. Dazu bot ihm B. eine Quantität von 20 bis 25 Lasten theils Brauhafer, theils Futterhafer an. A. erklärte sich in einem Briefe v. 25. Aug. 1795 bereit, den Brauhafer mit 18 und den Futterhafer mit 15 Louisd'or für jede Last zu bezahlen. B. antwortete am 27. August, er müsse billig für jede Last 1 Louisd'or mehr erhalten, wolle

jedoch

jedoch "den Betrag dieses Unterschiedes dem eignen Gutbefinden des A. überlassen", lieferte auch 12 Lasten Brauhafer und 13 Lasten Futterhafer wirklich ab. Als die Lieferung bey dem Corps angelangt war, bezeugte dieses seine Unzufriedenheit über die Beschaffenheit des Hafers. A. schrieb deshalb an B.: er halte sich nicht verbunden, den gelieferten Hafer in Rechnung zu bringen, könne auch die übrigen Lasten nicht gebrauchen, übersende jedoch zur Vermeidung aller Weitläuftigkeit hierbey durch einen Wechsel die Summe von 2055 rthl., "Fracht und Spesen wären an G. bezahlt, und diese Sache sey also ausgeglichen." B. wollte nun den übrigen Hafer noch nachliefern; allein A. verweigert die Annahme desselben aus dem Grunde, weil der gelieferte Hafer keine kauf- und preißwürdige Waare gewesen sey, wozu er die von dem Corps deshalb erhaltenen Nachrichten beybrachte. — Jetzt klagte B. auf Erfüllung des Contracts, und nach geschlossenem Verfahren ward A. durch ein Erkenntniß v. 23. Aug. 1797 zur Erfüllung verurtheilt, jedoch dem B. eine bessere Beweisführung seiner Einrede nachgelassen. Durch dieses Erkenntniß hielten beyde Theile ohne hinreichenden Grund sich beschwert. A. behauptete nemlich: Ueber die 25 Lasten, welche B. noch nachliefern wolle, sey gar kein Contract zu Stande gekommen, indem eines Theils nirgend 50 Lasten überhaupt zu dem geforderten Preise von ihm gekauft, sondern der Preiß auf einzelne Lasten gestellt worden,

und

und in Ansehung der jetzt streitigen 25 Lasten in dem Briefwechsel nur davon, daß B. selbige liefern wolle, und A. sie bezahlen solle, die Rede gewesen sey, andern Theils der Preis nicht vollkommen bestimmt worden, sondern ein Unterschied von 1 Louisd'or geblieben sey; es gehe auch aus den beygebrachten Zeugnissen des Corps bereits hinlänglich hervor, daß der geleistete Hafer nicht kauf- und preißwürdig gewesen sey. Allein 1) der Lieferungscontract über die jetzt streitigen Lasten war allerdings für geschlossen zu achten. Denn a) A. hatte in seinem Briefe vom 25. Aug. von beyden Sorten die ihm angebotene Quantität von 20 bis 25 Lasten angenommen, und B. hatte in seiner Antwort vom 27. Aug. selbige dafür zu liefern versprochen; mithin waren beyde Theile sogleich über den Preiß einig geworden: auch hatte B. abschläglich 12 und resp. 13 Lasten wirklich abgeliefert, und dafür die bedungene Summe von A. erhalten: an der Nachlieferung der übrigen Lasten war aber B. blos durch A. behindert, weil dieser die Annahme verweigert hatte. Obgleich b) der Preis auf einzelne Lasten gestellt worden, so war doch die Abrede der Lieferung nicht auf die wirklich übersandten und bezahlten beschränkt, sondern hatte sich zugleich über die noch zu übersendenden und zu bezahlenden erstreckt, und es war folglich der Contract jetzt nur zum Theil erfüllt. In dem Briefe des B. vom 27. Aug. lag c) keine Unbestimmtheit des Preises, welche dem Abschlusse des Contracts entgegen gestanden

 hätte,

hätte, indem B. darin die Erhöhung des Preises um 1 Louisd'or für jede Last nicht zu einer contractlichen Bedingung gemacht, sondern mit deutlichen Worten den Betrag des Unterschiedes dem Gutbefinden des A. überlassen, auch nachher A. für die gelieferten Lasten 1 Louisd'or weniger bezahlet, und B. selbiges ohne einigen Vorbehalt angenommen hatte. Zwar brachte d) A. neuerlich einen Brief vom 3. Oct. zu den Acten, aus welchem er darzuthun suchte, wie hoch er damals den vorigen Hafer berechnet habe, und wie hoch er die folgende Verabladung zu berechnen gesonnen gewesen sey. Allein dieser Umstand war ganz unerheblich, weil hier alles lediglich auf die in den Briefen vom 25. und 27. Aug. enthaltene Verabredung ankam. Hingegen reichten die beygebrachten Atteſtate nicht hin, die Einrede des A. wegen der schlechten Beschaffenheit des Hafers zu beweisen. Auf der andern Seite 2) griff B. den Punct an, daß dem A. ein besserer Beweis über die Untauglichkeit des gelieferten, und zu dieser Absicht zugleich der Gebrauch der Atteſtate nachgelassen worden. Er behauptete nemlich, a) daß die von der Untauglichkeit der Waare hergenommene Einrede, seitdem der Hafer übergeben, verbraucht und bezahlt worden, nicht weiter zulässig sey, weil dem A. frey gestanden habe, die angeblich unbrauchbare Waare für Rechnung des B. liegen zu lassen, oder an einen dritten abzugeben, daß A. in seinem letzten Briefe die gedachte Einrede durch die That aufgegeben habe,

daß

daß selbst die annoch auf bessern Beweis gestellte Richtigkeit jenes Umstandes den A. von der Erfüllung des Contracts nicht befreye, sondern nur zu der Forderung einer contractmäßigen Lieferung berechtige, und daß die zwischen B. und dem Handlungshause oder dem Corps selbst über die Untauglichkeit des Hafers vorgefallenen Verhandlungen dem B. als einem Dritten nicht präjudicire. Allein wenn a) A. die bereits gelieferte angeblich untaugliche Waare behalten und bezahlet, folglich dadurch in Absicht der gelieferten Lasten sein Recht aufgegeben hatte, so war er dadurch nicht verbindlich gemacht, auch die übrigen Lasten auf solche Weise in Empfang zu nehmen. Es hatte auch b) A. in seinem späterhin abgeschickten Briefe auf jene Einrede keinesweges Verzicht geleistet, indem die darin vorgekommenen Worte: "Fracht und Spesen sind an H. bezahlt, und diese Sache also ausgeglichen," sich offenbar auf den unmittelbar vorher erwähnten Umstand beschränkten, daß A. den bereits gelieferten Hafer in Rechnung zu bringen sich zwar eigentlich nicht verbunden halte, gleichwohl aber zur Vermeidung aller Weitläuftigkeiten ihm durch einen einliegenden Wechsel die oberwähnte Summe zugesendet, auch Fracht und Spesen bezahlt habe, wodurch "diese Sache" ausgeglichen sey; hingegen auf die gegenwärtig im Streite begriffenen Lasten desto weniger bezogen werden könne, da ausdrücklich beygefügt worden, "daß er die andern 25 Lasten nicht gebrauchen könne." Zwar konnte c) die

Beschaffung des vorbehaltenen bessern Beweises den A. von der Erfüllung des Contracts nicht befreyen, wohl aber konnte sie die Wirkung hervorbringen, daß selbiger demnächst den annoch zu liefernden Hafer von derselben Sorte und Beschaffenheit, wie der bisher gelieferte gewesen, nicht anzunehmen brauche, sondern gute, kauf- und preißwürdige Waare zu senden berechtigt sey. Dabey mußte d) der Gebrauch der vorläufig beygebrachten Beweisthümer in so fern unbenommen bleiben, als damit dargethan werden konnte, daß die Sorten Hafer, in welchen B. die Hälfte der verabredeten Quantität geliefert hatte, nicht preißwürdig gewesen, sondern von dem Truppen-Corps, für welche sie aufgekauft worden, als unbrauchbar verworfen waren, und in dieser Hinsicht nicht gesagt werden konnte, daß die beygebrachten Atteſtate ein solches Geschäft eines Dritten beträfen, welches auf die vorliegende Streitsache keinen Einfluß hätte.

XXI.

Ueber die Abwesenheit sichtbarer Testamentsmängel, zum Gebrauche des Rechtsmittels aus *L. vlt. C. de ed. D. Hadr. tollendo* (VI, 33.).

Das genannte Rechtsmittel gründet sich bekanntlich

lich auf das muthmaßliche Erbrecht, das aus einem Testamente entspringt, welches keinen sichtbaren Mangel an sich hat. a) Denn der Implorant, welcher ein solches Testament, worin er zum Erben eingesetzt ist, vor dem competenten Gerichte vorlegt, hat die Vermuthung für sich, daß ihm die Erbschaft eher gebühre, als dem Imploraten, der sich gegenwärtig im Besitze derselben befindet. b) Daher ist der Implorat, wenn er keine sofort klare und rechtsbegründete Einrede vorzubringen vermag, die Erbschaft an denselben so lange abzutreten verbunden, bis er im Petitorio ein anderes ausgeführet hat. — In Ansehung des richtigen Gebrauchs dieses possessorischen Rechtsmittels überhaupt c) kömmt es demnach lediglich darauf an, ob das gerichtlich vorgelegte Testament einen sichtbaren Mangel im

a) Man s. *Gottfr. Mascovii* Ex. iur. ciu. ad L. vlt. C. de ed. D. Hadr. toll. Herderouic. 1735. u. in Opusc. (ed. Püttmann. Lips. 1776.) num. V.

b) Die Constitution sagt: — ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit.

c) Ueber einzelne Fragen wegen der weitern Ausdehnung des Rechtsmittels findet man einige Erörterungen bey *Leyser* Meditt. ad Pand. spec. 500. *Pufendorf* Obseruatt. iur. vniu. Tom. II. obs. 40. Geiger und Glück Merkw. Rechtsfälle und Abhandlungen, B. I. (Erlangen 1792.) Num. VII. u. a. m.

im Wesentlichen hat, oder nicht. Für fehlerfrey in dieser Hinsicht erklärt Justinian's Constitution ein testamentum non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque parte vitiatum, sed quod (in) prima figura sine omni vituperatione adpareat, et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit. Sie setzt ein Testament voraus, bey dessen Einsicht weder eine Rasur, um deren willen die Rechtsbeständigkeit desselben in Zweifel gezogen werden könnte, noch ein Riß, Einschnitt, oder Abreißen der Siegel, welches von gleichen Folgen seyn könnte, noch irgend ein Fehler in der gesetzlichen Form, unter andern in der Anzahl und Beschaffenheit der Zeugen, wahrgenommen wird. Hierdurch ist im Allgemeinen die Abwesenheit eines jeden Mangels angedeutet, welcher I) sogleich in die Augen fällt, und II) so beschaffen ist, daß er der Gültigkeit des Testaments ganz unstreitig im Wege steht. In der ersten Rücksicht ist es hinreichend, wenn das vorgelegte Testament keinen solchen wesentlichen Mangel hat, welcher bey dessen Einsicht einleuchtet. Mithin ist jede Angabe eines Mangels, welche nicht sofort klar ist, oder von dem Imploraten gemacht werden kann, sondern einer weitern Erörterung mittelst Beweisführung durch Zeugen oder Urkunden bedarf, dem Antrage des Imploranten auf die Abtretung der Erbschaft keineswegs hinderlich. In der zweiten Rücksicht ist es genug, wenn das Testament weder einen Mangel in

der

der gesetzlichen Form hat, noch von dem Testator selbst durch die That entkräftet worden ist. Hierbey können 1) diejenigen Mängel, welche das Testament als an sich ungültig darstellen, sowohl die innere, als die äußere Form betreffen. In Ansehung der innern Form würde der Gebrauch des Rechtsmittels wegfallen, wenn die Erbeinsetzung entweder gänzlich ermangelte, oder fehlerhaft wäre. Denn da die Erbeinsetzung als die Grundlage eines Testaments anzusehen ist, deren Ermangelung oder Fehlerhaftigkeit dasselbe ungültig macht, und da dieser Mangel unstreitig von der Art ist, daß er sogleich beym ersten Anblicke in die Augen fällt; so kann man das Testament selbst nicht mit Justinian ein solches nennen, welches sogleich in seiner Gestalt tadelfrey erscheine. In Ansehung der äußern Form würde die possessorische Klage unstatthaft seyn, wenn dem vorgelegten gerichtlichen Testamente, im heutigen Sinne des Worts, das wesentlich Nöthige bey der Uebergabe oder Aufnahme mangelte, oder dem Privattestamente irgend eine von den Feyerlichkeiten abgienge, welche nach den Gesetzen bey Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden müssen, in so fern sie nicht bey einem privilegirten Testamente erlassen sind, vorausgesetzt, daß der Fehler seiner Natur nach augenfällig wäre, wohin dann namentlich ein Mangel sowohl an der Namensunterschrift des Testators, als an der Anzahl der Zeugen oder deren Namensunterschrift und Untersiegelung gerechnet werden

den könnte. Wenn aber auch gar kein Mangel in der Form zu ersehen ist; so entsteht doch 2) aus dem Zerreißen, Durchschneiden und Auslöschen die rechtliche Vermuthung, daß das an sich und bey seiner Errichtung gültig gewesene Testament nach dem Willen des Testators seine Kraft verlohren habe, indem die von dem Imploraten etwa dagegen vorgeschützten Einreden, so weit ihre factische Richtigkeit erst durch Beweisthümer ausgemittelt werden muß, in das demselben vorzubehaltende petitorische Verfahren gehören. — Dagegen muß das Rechtsmittel seine unstreitige Anwendung finden, wenn der Implorat das Testament wegen eines solchen Fehlers, welcher dasselbe zwar an sich ungültig machen kann, aber seiner Natur nach nicht augenfällig ist, anzugreifen sucht, indem jede Einrede von der Art, wenn sie auch auf der Stelle dargethan werden könnte, nicht hieher gehört, sondern mittelst einer petitorischen Klage geltend gemacht werden muß.

Joh. Chr. Kraus war mit Hinterlassung zweyer Brüder, Engelbrecht und Johann Bertram, verstorben. Unter diesen befand sich Engelbrecht im Besitze des Nachlasses. Allein Johann Bertram producirte ein schriftliches Privattestament, vermöge dessen Engelbrecht gewisse Grundstücken an ihn herauszugeben verbunden war. Gegen das Testament wendete Engelbrecht 1) im Productionstermine ein, daß es wegen einiger sichtbaren Mängel in wesentli-

chen

chen Puncten nicht gelten könne. In dieser Hinsicht griff er zuerst 1) die Namensunterschrift des Testators an, und erklärte selbige schon um deswillen für zweifelhaft, weil nicht "Kraus", sondern "Krus" geschrieben sey, brachte auch in der Folge die Aussage eines vor einem Notar abgehörten Zeugen bey, welcher behauptete, daß das Testament in seiner, des Zeugen, Gegenwart von dem Testator nicht unterschrieben sey, und erbot sich nöthigen Falls zur eidlichen Ableugnung der Handschrift. Sodann hielt er auch 2) die Angabe des Erben nicht für bestimmt genug, weil dieser ebenfalls nicht "Kraus", sondern "Krus" genannt sey. Ueberdem brachte er II) in der Folge vor, daß 3) die Testamentshandlung unterbrochen worden, indem nicht allein das Testament selbst von dem siebenten Paragraphen an mit blasserer Dinte geschrieben sey, sondern auch die Unterschriften sowohl des Testators, als der Zeugen mit verschiedner Dinte geschrieben wären. Er behauptete ferner, daß 4) das Testament nicht in des Testators Wohnung, sondern in einem fremden Hause, während dieser krank gelegen, ausgefertigt worden sey, worüber er einige Zeugnisse beybrachte. Ferner machte er bemerklich, daß 5) die Untersiegelung der Zeugen gänzlich ermangele. Endlich rügte er, daß 6) bey der Eröffnung des Testaments weder die Zeugen, noch die Interessenten zugezogen worden wären. — Allein das vorgelegte Testament konnte weder an sich, noch wegen der von dem Imploraten

ploraten beygebrachten Zeugnisse als ein solches, das mit sichtbaren Fehlern behaftet sey, mit Grunde angefochten werden. Denn I) in Absicht dessen, was der Implorat im Productionstermine dagegen vorgebracht hatte, war 1) die Namensunterschrift des Testators mit keinem wesentlichen Fehler behaftet, aus welchem die Ungültigkeit des Testaments augenfällig gewesen wäre. Der Name "Krus" war offenbar der plattdeutsche Dialect, dessen sich der Testator bediente, und enthielt folglich kein Zeichen der Unächtheit. Die ohnehin nur unbeschworne Aussage eines vor einem Notar abgehörten Zeugen konnte mit Bestand Rechtens nicht angeführt werden, und der Implorant setzte ihr noch die Versicherung dreyer Zeugen, daß das Testament in ihrem Beyseyn von dem Testator eigenhändig unterschrieben worden sey, entgegen. Die anerbotene eidliche Ablegung des Imploraten aber war ganz unzulässig, weil sie nicht die eigene Unterschrift desselben, sondern die eines Dritten betraf, und überdem die Richtigkeit der Unterschrift durch ein anderes Beweismittel dargethan war. Sodann stand 2) dem über die Angabe des Erben erregten Zweifel eben dasselbe, was vorhin bey dem Namen des Testators erinnert worden, entgegen, und die Person des Erben war sonst noch durch den Zusatz: "Mein geliebtester Bruder Joh. Bertr. Krus" hinlänglich bestimmt. Hiernächst war II) in Betreff der erst in der Folge vorgebrachten Einwendungen, 1) die Testamentshand-

lung

lung um deswillen, weil am Ende der Scriptur blassere Dinte, als im Anfange, gebraucht war, nicht als unterbrochen anzusehen. Denn einmal war es auf keine Weise hinderlich, wenn etwa das Testament zu verschiednen Zeiten, und dadurch mit verschiedner Dinte niedergeschrieben war; und dann konnte selbst in dem Falle, wenn das ganze Testament erst im Beyseyn der Zeugen aufgesetzt wäre, die Verschiedenheit der Dinte begreiflich auf sehr zufälligen Ursachen beruhen. Die angebliche Unterbrechung der Handlung war aber auf alle Weise kein augenfälliger Fehler, der aus der Einsicht des Testaments wahrgenommen worden. Ferner war es 4) gleichgültig, an welchem Orte das Testament aufgeführt worden, indem es hinreichte, daß es von dem Testator eigenhändig unterschrieben war: nicht zu gedenken, daß die hieher gehörigen Angaben des Imploraten ohnehin blos auf Privatzeugnissen beruhten. Dagegen würde zwar 5) der Mangel an der Untersiegelung der Zeugen, als ein sichtbarer Fehler, nach dem gemeinen Rechte in dieser possessorischen Sache gar sehr in Betrachtung gekommen seyn. Allein nach den hiervon abweichenden Landesgesetzen war, wie der Implorat nicht in Abrede stellen konnte, zu der Errichtung eines Privattestaments die Gegenwart von vier Zeugen nicht vorgeschrieben. Endlich konnte 6) die angeblich unterbliebene Zuziehung der Interessenten und der Zeugen bey der Eröffnung und Publication nicht als ein sichtbarer Mangel

gel des Testaments selbst angesehen werden, wiewohl von dem Imploranten auch zur Entkräftung dieses Einwurfs einiges Sachdienliche vorgebracht wurde. — Unter diesen Umständen fand demnach das possessorische Rechtsmittel, dessen sich der Implorat bedienet hatte, allerdings Statt, und der Implorat wurde verurtheilt, den Besitz der Grundstücken an denselben so lange abzutreten, bis er im Petitorio ein anderes ausgeführt haben werde.

XXII.

Ueber die zu gemeinschaftlichen Anlagen erforliche Zustimmung der Theilnehmer, oder Interessenten.

In einer gleichen Gesellschaft wird der rechtliche Wille des Ganzen in gesellschaftlichen Angelegenheiten durch die Stimmen der Mitglieder ausgemittelt, und dasjenige, was durch Abstimmung festgesetzt wird, macht den Beschluß der Gesellschaft aus. Da es aber in dem Begriffe der gesellschaftlichen Gleichheit liegt, daß der Wille der Gesellschaft kein anderer, als der Wille aller einzelnen Mitglieder seyn könne, und daß folglich kein Einzelner etwas für sich als Vorschrift anzuerkennen brauche, was er nicht selbst will; so können die Stimmen der Mehreren

reren für die Wenigeren nicht anders verbindlich werden, als wenn solches entweder in der Gesellschaft verfassungsmäßig eingeführt, oder bey einer einzelnen Berathschlagung besonders verabredet worden ist. Die Einwendung, daß auf diese Weise die Wenigeren den Mehreren widerstehen könnten, a) hebt die Richtigkeit jener Behauptung nicht auf. Denn durch dieselbe wird der Wille der Wenigeren nicht zum Ganzen gemacht, dem sich die Mehreren unterwerfen müßten, sondern es soll damit nur so viel gesagt werden, daß die ersteren nicht verbunden seyen, dasjenige zu thun, was die letzteren beliebt haben. Eben so wenig wird jedoch auf der andern Seite dadurch geleugnet, daß die Einführung der Stimmenmehrheit zur Beförderung des gesellschaftlichen Wohls, und insbesondere zur Beschleunigung der Geschäfte gereichen könne. b) Indeß kann die Mehrheit auch da, wo sie in gesellschaftlichen Angelegenheiten entscheidet, an sich und ohne vorher getroffene Uebereinkunft nichts wider die Rechte eines Mitgliedes an der Gesellschaft, noch wider die wohlerworbenen Rechte der Einzelnen (in iuribus singulorum) beschließen. — Auf gleiche Weise kann unter

a) *Grotius* de iur. belli et pac. lib. II. cap. V. §. 17. *Cramer* Opusc. T. II. n. 19. Schlettwein Rechte der Menschheit, §. 213.

b) *Koehler* iur. social. §. 115. Hofbauer Naturrecht §. 382. und andere.

unter mehreren Interessenten oder Theilnehmern, die keine eigentliche Gesellschaft bilden, mithin auch bey Gemeinschaften, die aus einer zufälligen Begebenheit entstanden sind, nichts Verbindliches für den Einzelnen ohne dessen Zustimmung beschlossen werden. Insbesondere kann kein Theilnehmer, ohne Beystimmung der übrigen, über eine gemeinschaftliche Sache, deren Besitz oder Benutzung, gültige Verfügungen treffen, und selbst durch die Mehrheit der Stimmen können die übrigen Theilnehmer in ihren Rechten nicht beeinträchtigt werden. c) Auch braucht in dergleichen Verhältnissen der Einzelne zu den Kosten einer Anstalt, welche von den übrigen allein beliebt wird, in so fern sie nicht etwa zur Erhaltung einer gemeinschaftlichen Sache nothwendig ist, nichts beyzutragen. — Diese Grundsätze, welche aus der Natur der Sache hergenommen sind, müssen auch im bürgerlichen Verhältnisse sowohl für mehrere Interessenten und Theilnehmer, als für Gesellschaften aller Art gelten, d) wo nicht die positiven Gesetze aus besondern Gründen entweder um des gemeinen Wohls willen, oder zum eigenen Besten gewisser gesellschaftlichen Verbindungen ein anderes

c) Legalisirt im A. L. R. f. d. Preuß. Staat Th. I. Tit. XVII. §. 10. u. 11. jedoch mit beträchtlichen Modificationen §. 12 - 20.

d) So *L. 28. D. de communi diuid.* (X, 3.) Man s. *Leyser* Medit. sp. 53. med. 3.

deres festsetzen, wie solches zum Beyspiel schon im gemeinen Rechte unter gewissen Bestimmungen bey den Nachlaßverträgen mehrerer Gläubiger, und bey den Gemeinheiten und Corporationen geschehen ist. e) Wollte daher einer und der andere Interessent oder Theilnehmer, oder auch eines und das andere Gesellschafts- oder Gemeinheitsglied bey einer vorkommenden Veranlassung, etwa zur Beschaffung einer neuen Anlage, alle übrigen unter der Verwarnung, daß die Ausbleibenden den Beschluß der Anwesenden sich gefallen lassen müßten, zusammen berufen; so würde ein solches Verfahren, so weit ihm nicht etwa die bestehende Verfassung zu Hülfe käme, für die übrigen, ohne deren vorhergegangene Billigung, unverbindlich seyn.

A. klagte gegen die Witwe B., in Vormundschaft ihrer Kinder, daß sie zur Umlegung eines Sielgrabens beytragen sollte, weil ihre Kinder Mitinteressenten des Siels wären, und deren verstorbener Vater in einer Versammlung der Interessenten in die Umlegung eingewilligt habe. Bey der Sache kam alles darauf an: Ob der Kläger zur Erhebung der Klage von sämmtlichen Interessenten des Sielgrabens beauftragt sey? und: Ob diese zur Forderung der Beyträge berechtigt wären? In Betreff des

e) *L. 7. u. 8. D. de pactis* (II, 14.) *L. 3. D. quod cuiusq. vniuers. nom.* (III, 4.) Vergl. A. L. R. Th. II. Tit. 6. §. 51. u. f.

des ersten Puncts producirte der Kläger ein Protocoll, das in einer Versammlung der Interessenten gehalten worden. Allein aus dem Protocolle war nicht zu ersehen, ob sämmtliche Interessenten zu der Versammlung gehörig berufen worden, da hierüber nichts angemerkt war. Sowohl die Wittwe B., als noch drey Interessenten waren in der Versammlung nicht zugegen gewesen, und einige andere, welche das Protocoll unterschrieben hatten, waren bloße Meyer, die ohne Einwilligung ihrer Gutsherren über dergleichen Gerechtsamen nichts verfügen konnten. Zwar behauptete der Kläger, daß die zu verhandelnden Puncte den sämmtlichen Interessenten unter der Verwarnung, daß die Abwesenden den Beschluß der Anwesenden sich gefallen lassen müßten, vorgelegt worden wären. Allein der Einnehmer, welcher die Zusammenberufung verrichtet hatte, war zu einer solchen Androhung weder vermöge einer ihm zustehenden Gerichtsbarkeit, noch vermöge eines von den gesammten Interessenten erhaltenen Auftrags autorisirt gewesen. Ferner berief sich der Kläger darauf, daß die Abwesenden nicht den dritten Theil des Ganzen ausgemacht hätten. Allein es ergab sich nicht, daß die Interessenten eine Gemeinheit bildeten, auf welche das Gesetz wegen der Zweydrittel Stimmen anzuwenden gewesen wäre. Endlich war im Protocoll dem Kläger nirgends Auftrag ertheilt, einen Proceß wider die Wittwe B. zu erheben, sondern nur den Beschluß der Versammlung

ihr

ihr bekannt zu machen, und eine Vereinigung mit ihr zu treffen. In Ansehung des zweyten Puncts hatte der Kläger seine Forderung gleich im Anfange darauf gegründet, daß der verstorbene Vater der Pupillen bereits in einer frühern Versammlung erklärt habe, wie er auf den Fall, wenn ein anderer, gleichfalls Interessent C. in die Unternehmung wegen des Sielgrabens einwilligen werde, auch darein willigen wolle. Da die Beklagte den Klagegrund abgeleugnet hatte, so war sie bereits durch ein Erkenntniß von der Klage entbunden worden, wofern nicht der Kläger erweise, daß der verstorbene C. und der verstorbene Vater der Pupillen ihre Einwilligung dazu gegeben, daß zwischen ihren Ländereyen ein neuer Sielgraben angelegt werde. Den nachgelassenen Beweis hatte nun zwar der Kläger durch Zeugen angetreten, und eventuell seiner Gegnerin den Eid zugeschoben. Allein die übergebenen Beweisartikel waren einzig und schlechthin auf die Einwilligung des verstorbenen B. gerichtet, und mithin irrelerant, indem dieser, nach der eigenen Angabe des Klägers, nur bedingungsweise, nemlich auf den Fall der erfolgenden Einwilligung des C., seine Zustimmung gegeben hatte, und der vorgeschriebene Beweissatz in dessen Gemäßheit sowohl auf die Einwilligung des C. als des B. gestellt worden war, folglich die Erklärung des B. im Fall der nicht eingetretenen Bedingung unwirksam gewesen wäre. Ueberdem waren die aufgestellten Zeugen in so fern verdächtig, als

sie unter diejenigen Interessenten gehörten, welche auf die Anlegung des Grabens angetragen, und dem Kläger eine Unterhandlung mit der Wittwe B. über diesen Gegenstand aufgetragen hatten. Die Eidesdelation war schon an sich wegen abgelaufener Beweisfrist, nach gemeinrechtlichen Grundsätzen, ohnehin nicht weiter zulässig. Sie war aber auch blos dahin gerichtet, wie die beklagte Wittwe B. nicht wisse, daß ihr verstorbener Ehemann in die Umlegung des Siels eingewilligt habe, und mithin aus den angeführten Gründen selbst in ihrer Gestalt unzureichend und unerheblich, da die Erfüllung der dabey vorausgesetzten Bedingung unerwiesen geblieben wäre. Zudem war die Beklagte, als Vormünderin ihrer Kinder, auf den über eine ihr unbekannte Handlung des Vaters ihr zugeschobenen Eid sich einzulassen nicht verbunden. f) — Es ward daher die Beklagte, unter Purification jenes Erkenntnisses, von der wider sie angestellten Klage frey gesprochen.

f) *L. 4. pr. D. de in litem iurando* (XII, 3.) *Leyser* l. c. sp. 136. m. 5. *Malblanc* doctr. de iureiurando, §. 42.

XXIII.

Ueber den Umfang einer Bürgschaft, wo von einer bestimmten Cautionssumme die Rede ist.

Es ist ein bekannter und in der Natur der Sache gegründeter Rechtssatz, daß Bürgschaften streng erklärt, und in zweifelhaften Fällen nur auf das Geringere bezogen werden müssen. a) Dieser Satz kömmt insbesondere in dem Verhältnisse zur Anwendung, wo Jemand sich für einen Verwalter fremder Güter oder Geschäfte, welcher zur Sicherheit des Eigenthümers Caution stellen müssen, verbürgt hat. Da nemlich die Bürgschaft alsdann bald auf die Cautionssumme beschränkt, bald allgemein übernommen seyn kann; so muß der Umfang der aus derselben entstehenden Verbindlichkeit zunächst aus dem Inhalte des Bürgscheins und den dabey concurrirenden Umständen beurtheilt werden. Wo diese nichts bestimmtes ergeben, da kann man, besonders wenn die Bürgschaft in eine nähere Verbindung mit der Caution gestellt ist, mit Rechtsbestande annehmen, daß die Verbürgung nicht über die Cautionssumme hinausgehen solle. Selbst in dem Falle, wenn zur Caution schon eine Hypothek bestellt, und überdem noch zu mehrerer Sicherheit eine Bürgschaft hinzu

a) *Leyser* Meditt. ad Pand. sp. 524. m. 1. 2.

hinzu gekommen ist, muß letztere, in Ermangelung einer bestimmtern Angabe, oder anderer Umstände, welche das Gegentheil ergeben, auf die Cautionssumme beschränkt werden. — Diese Bemerkung ward in folgendem Rechtsfalle zur Anwendung gebracht.

Ge. Chr. N. hatte im J. 1767 einen Factoreycontract mit der Eisenhütten-Administration dahin geschlossen, daß er die ihm zu liefernden Eisenwaaren für ihre Rechnung zu vorgeschriebenen Preisen gegen eine festgesetzte Provision verkaufen, ausländisches Eisen nicht ohne Erlaubniß in seine Factorey nehmen und vertreiben, am Schlusse eines jeden Quartals richtige Extracte von dem erkauften und vorräthigen Eisen, sammt der Berechnung, auch dem Geldbetrage selbst, in bestimmten Sorten einsenden, seine Eisenvorräthe im erforderlichen Falle nachsehen lassen, und wenn die Vorräthe mit den Extracten nicht zuträfen, das Fehlende sofort baar bezahlen wolle. Unter diesen Bedingungen hatte ihm die Administration einen Credit für die S. Hütte auf 950 rthl., und für die K. Hütte auf 750 rthl., wovon er keine Erhöhung verlangen sollte, wegen der zu empfangenden Waaren zugestanden. Zur Sicherheit sowohl dieserwegen, als wegen aller verabredeten Puncte hatte er sein gesammtes Vermögen, und insbesondere, wenigstens in dem Contracte mit der S. Hütte, zwey in der Brandassecurations-

Socie-

Societät auf 950 rthl. versicherte Wohnhäuser dergestalt zu verhypotheciren versprochen, daß, falls er in der Bezahlung und Erfüllung des Contracts säumig oder gar niederfällig werde, die Administration sowohl wegen des schuldigen Restes, als des davon habenden Schadens und der Kosten sich davon zu erholen befugt seyn sollte. Dieser Verabredung zufolge hatte er nicht allein die Caution gehörig bestellt, sondern es war auch, damit die Behörde desto mehr gesichert seyn möchte, seine Ehefrau unter gerichtlicher und eidlicher Begebung ihrer weiblichen Gerechtsamen bürgschaftlich eingetreten.

Nach seinem Tode hatte die Administration im J. 1770 mit seiner Wittwe und seinem ältesten Sohne J. L. einen neuen Factoreycontract geschlossen, vermöge dessen der vorige Contract in allem, mit drey neuen Zusätzen, die weiter nicht hieher gehören, fortgesetzt werden sollte, und es hatte dabey die Wittwe nicht allein die vorige Bürgschaft ferner absque animo nouandi ausdrücklich continuiret, sondern auch, als gerichtlich bestellte Vormünderin ihrer mit dem verstorbenen Factor N. erzeugten Kinder, deren väterliches Vermögen, so viel dazu von Nöthen, wenn das Ihrige nicht hinreichen sollte, zum Unterpfande eingesetzt, und da die Beybehaltung der Factorey zum augenscheinlichen und gewissen Nutzen ihrer Kinder gereiche, bey dem Stadtrathe zu G. um die obervormundschaftliche Einwilligung in diese Verpfän-

pfändung anzusuchen, und selbige beyzubringen versprochen, auch der Sohn J. L. sein gesammtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verpfändet, welches alles unter dem folgenden Tage von dem Stadtrathe, weil der gedachte noch nicht ganz volljährige Sohn den Rechtswohlthaten der Minderjährigen, namentlich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, eidlich entsagt, auch das Civilgericht bey der von der Wittwe in Vormundschaft ihrer Kinder fortgesetzten Bürgschaft und Hypothekbestellung nichts zu erinnern gefunden, obrigkeitlich bestätigt worden war. Als in der Folge über das Vermögen des zum Factor angestellten ältesten Sohnes J. L. N. Concurs entstanden war, gab die Administration in dem Liquidationstermine aus der Factoreyverwaltung eine Forderung von 6361 rthl. an, welche mittelst Decrets für liquid erklärt wurde; und die übrigen N. Geschwister liquidirten ebenfalls 188 rthl. Erbegelder, mit welchen sie in dem Prioritäts-Urthel unter Num. 1. locirt wurden. Da nun die Administration zwar so viel, als die Cautionssumme betrug, und noch mehr, aber nicht ihre volle Forderung aus der Concursmasse erhalten konnte; so trat sie, nachdem sie bereits gegen die Wittwe geklagt hatte, auch gegen die N. Geschwister auf, und trug darauf an, "daß dieselben angehalten werden möchten, ihr (subsidiarisch) verpfändetes väterliches Vermögen abzutreten, oder sie wegen des aus dem Concurse nicht erfolgenden Betrags ihrer Forderung

zu befriedigen, und zu solchem Ende die ihnen aus dem Concurse zukommenden väterlichen Erbegelder in gerichtlicher Verwahrung zu behalten."

Folgende Gründe schienen ihr Verlangen zu unterstützen: 1) Die Verpfändung ihres väterlichen Vermögens war an sich rechtsbeständig. Denn a) die Mutter hatte, sowohl nach dem Inhalte der Contracte, als nach ihrem eigenen Anführen im Cautionsscheine, zum Vortheile der Kinder nach des Vaters Tode in Gesellschaft mit dem ältesten Sohne, dem nachherigen Gemeinschuldner, die Factorey fortgeführet, auch waren die Einkünfte wenigstens bis zum J. 1780, wo sich die Interessenten getrennt hatten, in den gemeinschaftlichen Haushalt geflossen, und es war gleichgültig, ob sie zum Unterhalte der Beklagten schlechterdings nothwendig gewesen, oder diese allenfalls aus ihren eigenen Mitteln hätte ernährt werden können. Ferner hatte b) nicht allein die Mutter sich anheischig gemacht, die erforderliche Bewilligung der Obervormundschaft auszuwirken, sondern es erhellete auch aus der Bestätigungsclausel, daß selbige um diese Einwilligung wirklich gebeten, und das Civilgericht, welches auf vorhergegangene Prüfung nichts bey der Sache zu erinnern gefunden, dieselbe ertheilt hatte. Sodann möchte 2) um deswillen, weil die in den früheren mit dem Vater im J. 1767 geschlossenen Contracten bestimmte Cautionssummen nicht ausgedruckt waren, die

vor-

vormals bis auf jene Summen geschehene Hypothekenstellung als eine von der Verbürgung der Mutter gänzlich abgesonderte Handlung zu betrachten gewesen seyn. Denn es hatte nicht allein der Vater, als damaliger Factor, der Administration sowohl durch Verhypothecirung seines Vermögens, als durch Bürgschaftsstellung Sicherheit zu verschaffen gesucht, sondern es war auch in den Cautionsurkunden selbst jene Handlung von dieser getrennt aufgeführt. Gleichwohl sagte die Mutter im Cautionsscheine v. 1767, "damit die Behörde um so mehr gesichert seyn möge, so trete ich — — wegen der meinem Ehemanne obberührtermaßen ertheilten Factorey bürgschaftlich ein," und in den neuern Contracten, "So haben wir unter wirklicher Verpfändung unserer Haabe und Güter angeloben wollen, gedachten mit unserm ersten Ehemanne und Vater errichteten Contracten in allem nachzukommen"; ferner, "daß ich zu jeder Zeit für die richtige Verrechnung — zur vollen Genüge einstehe, und wir beyderseits alle für einen, und einer für alle, mithin in solidum hafte", desgleichen, "zur Versicherung alles dessen urkunde und bekenne ich Wittwe N., daß ich die wegen dieser Factorey im J. 1767 bereits geleistete Bürgschaft nicht nur continuire," u. s. w. Dadurch, daß in dem Contracte mit der S. Hütte dem Factor ein Credit von 950 rthl. zugestanden war, hatte die Administration sich weder gegen den Hauptschuldner, noch gegen den Bürgen verbindlich gemacht,

gemacht, von ihnen auf den Fall, wenn sie ihm nach eintretenden Umständen zum Bedürfniß der Unterthanen ein mehreres verabfolgen lassen werde, keine Bezahlung dafür zu verlangen, wie denn die Administration, ungeachtet der nur auf die gedachte Summe bestellten Caution, die Bürgschaft der Ehefrau gefordert hatte, damit sie um so mehr gesichert seyn möchte, auch die Ehefrau für die Factorey sich wirklich verbürgt, und für die richtige Berechnung zur vollen Genüge einzustehen versprochen hatte. Mithin schien die Bürgin, und subsidiarisch das verpfändete Vermögen der Beklagten, eben so wohl, als der Hauptschuldner, für alle, obgleich die Cautionssumme übersteigende, Rückstände haften zu müssen. Es war auch 3) die aus der Bürgschaft entstandene Verbindlichkeit dadurch, daß die Administration den Hauptschuldner nicht zur gehörigen Zeit angeklagt hatte, nicht erloschen, indem die Bürgin sich der in einem solchen Falle ihr zugestandenen Rechtsmittel den Gläubiger zur Klagbarmachung seiner Forderung zu bringen, nicht bedient hatte, und die bloße Nachsicht des Gläubigers in Ansehung des Zahlungstermins den Bürgen nicht befreyet, wofern er nicht ausdrücklich nur bis auf diesen Termin die Bürgschaft übernommen, sondern die Bürgschaft so lange bestehet, bis die Hauptschuld aufhöret, in der gegenwärtigen Sache nur über die Zeitbestimmung der Zahlung, mithin nicht in der Absicht, damit die Hauptverbindlichkeit aufhören solle, beygefügt worden

den war. Durch die 4) angeblich im J. 1780 erfolgte Aufhebung des gemeinschaftlichen Haushalts, und durch Zurückziehung der Mutter von den Factoreygeschäften konnte die Verbindlichkeit der Beklagten aus der Cautionsleistung nicht aufgehoben werden. Denn a) ihre Mutter hatte für sich, und als Vormünderin, ohne alle Zeitbestimmung Caution geleistet. b) Weder die Mutter, noch sie selbst hatten die Caution namentlich festgesetzt. c) Deswegen, weil der Beklagten ältester Bruder, der nunmehrige Gemeinschuldner, im J. 1780 die Factorey übernommen hatte, und dieses zur Kenntniß der Behörde gekommen war, ließ sich nicht vermuthen, daß letztere deren Mutter und ihm selbst die Verbindlichkeit aus der geschehenen Cautionsleistung erlassen habe. d) Der älteste Sohn hatte im Cautionsscheine gelobet, nach der Mutter Tode die Factorey als ein Recht nicht für sich allein verlangen zu wollen, sondern solches der Verfügung der Behörde zu überlassen. Beyde hatten für die richtige Berechnung zu jeder Zeit zur vollen Genüge einzustehen versprochen. Auch hieß es im Contracte von 1767: "Sollte künftig eine Aenderung zu machen seyn, so soll dieses nur nach abgelegter Handlung und Communication geschehen, und zwar dergestalt, daß die Caution und Bürgschaft dadurch auf keine Weise alterirt werde, sondern bey Kräften bleibe." Gesetzt, e) daß die Rückstände aus spätern Zeiten hergekommen wären, so hätten doch die Beklagten es sich selbst beyzumessen gehabt,

gehabt, daß sie die Caution nach erlangter Volljährigkeit nicht aufgekündiget, wie denn die von den Vormündern rechtlicher Weise auf ihre Pflegbefohlnen gebrachten Verbindlichkeiten auch über die Volljährigkeit hinaus dauern. Weiter konnten 5) die Beklagten gegen die Verhypothecirung ihres Vermögens keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehren, da eines Theils die Verhypothecirung angeführtermaßen zu ihrem eigenen Vortheile gereicht hatte, folglich eine dadurch geschehene Verletzung sich nicht denken ließ, andern Theils sie diese Rechtswohlthat binnen vier Jahren seit erreichter Volljährigkeit, wie den Rechten nach geschehen müssen, nicht gesucht hatten. Ueberdem blieb 6) den Beklagten auch ohne Cession des Klagerechts der Regreß gegen den Hauptschuldner unbenommen, und sie wurden aus dem Grunde, weil das Klagerecht ihnen nicht in dem erforderlichen guten Zustande abgetreten werden konnte, von der Verbindlichkeit, zu haften, nicht befreyt. Endlich fiel 7) die gebrauchte Einrede der Excussion von selbst hinweg, da der Hauptschuldner schon ausgeklagt war, und die Beklagten auf ein mehreres, als was die Administration aus dem Concurse desselben und von ihrer Mutter nicht werde erhalten können, nicht belangt worden waren.

Allein 1) der von der Administration mit der Wittwe N. und deren ältestem Sohne, dem nunmehrigen Gemeinschuldner, geschlossene Factoreycontract

tract v. J. 1770, nebst den dazu gehörigen accessorischen Cautionsleistungen, war ganz auf dem Grunde des ältern mit Ge. Chr. N. im J. 1767 geschlossenen errichtet worden. Denn es war nicht allein a) der ältere Contract sogleich im Eingange des neuern als fortgesetzt aufgestellt, indem es in dem neuern hieß: "Nachdem das K. Bergamt — geruhet, mit mir Unterschriebenen (Wittwe N.) und meinem ältesten Sohne — diejenige Eisenfactorey ferner fortsetzen zu lassen, welche meinem sel. Ehemanne — — im J. 1767 — gegeben; so haben wir — auf Treue und Glauben, unter wirklicher Verpfändung unserer Haabe und Güter, nach breiterem Inhalte der unten vorkommenden Cautionsleistung, angeloben wollen, gedachten mit unserm verstorbenen Ehemanne und Vater errichteten Contract in allem getreulich nachzukommen"; sondern es war auch b) die Bürgschaftsleistung der Wittwe N. in den neueren Cautionsscheinen ganz unverändert geblieben, indem es daselbst hieß: "Zur Versicherung alles dessen urkunde und bekenne ich, — — Wittwe N. — daß ich die wegen der Factorey bereits im J. 1767 nach breiterem Inhalte des unter diesem Datum ausgestellten — Cautionsscheins geleisteten Bürgschaft ferner, jedoch absque nouatione — continuire". Auch war 2) die in dem neuern Contracte hinzugekommene subsidiarische Verpfändung des väterlichen Vermögens der Beklagten mit der Bürgschaft ihrer Mutter, der Wittwe N., von

von völlig gleichem Umfange. Denn beyde waren unmittelbar mit einander in Verbindung gestellt, und die letztere durch die erstere verstärkt, indem es hieß: "ich — die geleistete Bürgschaft nicht allein — ferner continuire, sondern ich setze auch, als gerichtlich bestellte Vormünderin meiner mit meinem sel. Ehemanne erzeugten Kinder, deren väterliches Vermögen, so viel dazu von nöthen, wenn das meinige nicht hinreichen sollte, zu einem wahren ungezweifelten Unterpfande ein." Auch war die obrigkeitliche Bestätigung in derselben Maße erfolgt. Nun war aber 3) in dem ältern Contracte, folglich auch in dem neuern, dem Factor ein Credit auf 750 und resp. 950 rthl. auf die zu empfangenden Waaren zugestanden worden, unter dem ausdrücklichen Versprechen desselben, daß er nie einen diese Summe übersteigenden Credit verlangen, sondern daran seyn wolle, daß solcher sich nicht so hoch erstrecke, und so viel möglich das verkaufte Eisen baar bezahlen werde. 4) In eben der Rücksicht, daß die Administration nicht über diese Summe hinaus gefährdet werden konnte, sobald sie die verabredete Maße des Credits nicht überschritten hatte, war die Caution nur bis auf die Summe bestellt worden. In dem ältern Cautionsscheine v. J. 1767 hieß es: "Da mir — oblieget, wegen der mir anvertrauten Eisenfactorey behufige Caution zu leisten; als habe solches hiermit bewerkstelligen, und zwar der S. Hütte die Caution auf 950 rthl. (der K. Hütte auf 750 rthl.) bestel-

bestellen wollen. Zur Sicherheit verschreibe ich mein sämmtliches Vermögen, insbesondere aber mein — — Wohnhaus solchergestalt, daß die Eisenhütte, — im Fall ich bey den Abschlüssen der wegen der Factorey zu führenden Rechnungen mit schuldigen Rückständen verhaftet bleiben, und in Abtrag der Zahlung säumig seyn würde, sich daraus nebst Schaden und Kosten bezahlt machen möge." Desgleichen kam in dem Factoreycontracte selbst der Ausdruck Cautionsquantum vor, und es war hin und wieder von der nöthigen oder erforderlichen Caution geredet, mithin dadurch sattsam angezeigt, daß nur bis auf eine bestimmte Summe Caution geleistet werden sollen. Auch enthielten 5) die in dem Factoreycontracte befindlichen Worte: "Damit die — Administration sowohl dieserwegen (nemlich wegen des zu gebenden Credits), als wegen aller in diesem Contracte verabredeten und geschlossenen Puncte die nöthige Sicherheit haben möge", keine höhere Cautionsbestellung. Denn alle Gefahr, welche in Absicht der übrigen geschlossenen Puncte und Verabredungen eintreten konnte, lief auf den zu gebenden Credit hinaus, so daß jene Puncte durch die wegen des Credits geleistete Caution zugleich mit gedeckt waren. Folglich deuteten die angeführten Worte nicht auf ein abgesondertes Bedürfniß hin, sondern enthielten nur eine weitere Erklärung: und selbst auf den Fall, daß es sonst noch in Rücksicht auf die übrigen Contractspuncte einer besondern

Sicher-

Sicherheit bedurft hätte, erhellete doch klar, daß die Administration die festgesetzte Cautionssumme als hinreichend für diese mit gehalten und angenommen habe, worauf es hier allein ankam. In dieser Hinsicht aber 6) erstreckte sich die von der Wittwe N. in dem ältern Cautionsscheine für ihren Ehemann übernommene Bürgschaft ebenfalls nicht über die gedachten Cautionssummen hinaus. Denn a) die Rechte verordnen, daß Bürgschaften überhaupt eingeschränkt erklärt, und im Zweifel auf das Geringere bezogen werden müssen. b) Die Administration hatte zwar sich außer der besondern Hypothek noch eine allgemeine bestellen lassen, und neben der Caution des Hauptschuldners, um desto mehr gesichert zu seyn, noch die Bürgschaft der Frau verlangt: allein hieraus konnte nicht gefolgert werden, daß die bis auf die erwähnte Summe bestimmte Caution nicht groß genug gewesen sey. Die Caution war nicht deswegen auf mehr als einerley Weise gemacht worden, um eine größere Summe heraus zu bringen, sondern um die Sicherheit durch mehrere Mittel zu verstärken. Zu diesem Zwecke war dann auf den Fall, wenn die Specialhypothek irgend aus einem Grunde wegfallen sollte, nicht nur eine Generalhypothek bestellt worden, sondern es hatte auch die Ehefrau zu mehrerer Sicherheit, als damit sie mit ihren Illaten der Administration nicht in den Weg treten möchte, Bürgschaft geleistet. c) Es war auch nicht nothwendig gewesen, daß in der Stelle des Cautionsscheins,

scheins, wo von der Bürgschaft die Rede war, dieselbe mit ausdrücklichen Worten bis auf die Cautionssumme, aber nicht weiter, bestellt worden, sondern dieses hatte sich von selbst verstanden, und erhellete schon daraus, weil die Bürgschaftsleistung ganz deutlich auf die unmittelbar vorher bestimmte Cautionssumme und Hypothekbestellung sich bezog, indem vielmehr jede beabsichtigte weitere Ausdehnung derselben deutlicher hätte angegeben werden müssen. Eben dieses galt 7) wegen des oben erwähnten Verhältnisses, von der neueren Caution, und sowohl von der Bürgschaft der Wittwe für ihren ältesten Sohn, als von der subsidiarischen Verpfändung des väterlichen Vermögens der Beklagten. Denn a) die im J. 1767 übernommene Bürgschaft war vermöge des Cautionsscheins absque nouatione fortgesetzt worden. b) Die Caution der damaligen Pupillen bezog sich, nach dem Inhalte des neueren Cautionsscheins, lediglich auf die alte Bürgschaft ihrer Mutter, welcher sie unmittelbar angehängt war. c) Am wenigsten steht bey Pupillen zu vermuthen, daß die Obrigkeit auf eine andere Weise eingewilligt haben würde. Zwar hatte 8) der Beklagten Mutter in der neuern Urkunde zur vollen Genüge einzustehen versprochen. Allein dieser Umstand stand nicht entgegen. Denn die Worte bezogen sich nicht auf die Caution, sondern auf den von dem ältesten Sohne in Gesellschaft der Mutter mit der Administration geschlossenen Facto-

rey-

reycontract, in dessen Rücksicht die Mutter in solidum haften, folglich keiner blos zur Hälfte, sondern jeder für das Ganze einstehen wollte. Ferner mußte 9) in Ansehung der älteren Factoreyverhältnisse der Factoreycontract, nebst dem Cautionsvertrage zwischen der Administration, als Committentin, und dem Factor Ge. Chr. N., als Commissionär, von dem Bürgschaftsvertrage zwischen der Wittwe N. und der Administration, als Gläubigerin, sorgfältig unterschieden werden. In dieser Hinsicht litt es nicht den mindesten Zweifel, daß, wenn über die verabredete Creditsumme hinaus gegangen worden wäre, der Factor auch über diese Summe hinaus hätte einstehen müssen, da man unmöglich annehmen konnte, daß die Administration sich verbindlich gemacht habe, über jene Summe hinaus keine Bezahlung annehmen zu wollen. Hieraus folgte aber nicht, daß auch die Bürgin darüber hinaus hätte einstehen müssen, indem die Bürgin nur in Voraussetzung der Beschränkung des Credits auf eine bestimmte Summe sich verbürgt gehabt, und nicht so weit, als es der Administration zu creditiren belieben werde, zu haften übernommen habe. 10) Auf gleiche Weise war in dem neuern Factoreyverhältnisse der Factoreycontract und Cautionsvertrag mit dem der Wittwe und des ältesten Sohnes von dem aus dem vorigen Verhältnisse fortgesetzten Bürgschaftsvertrage mit der Wittwe abzusondern, folglich die Wittwe aus einem doppelten Gesichtspuncte,

theils als Mitinteressentin der Factorey, theils als Bürgin zu betrachten. In der ersten Eigenschaft mußte sie zwar für den ganzen Rückstand, ohne alle Rücksicht auf die Cautionssumme, in solidum haften: aber in der zweyten Eigenschaft war sie nur bis auf die Cautionssumme zu haften verbunden, da sie die im J. 1767 übernommene Bürgschaft absque nouatione continuiret hatte. Hieraus folgte 11) von selbst, daß die hypothekarische Caution der Beklagten aus dem neuern Factoreyverhältnisse, welche lediglich als Anhang und zur Bestärkung der von ihrer Mutter fortgesetzten Bürgschaft hinzugekommen war, und nur subsidiarisch eintrat, eben so wenig, als die Bürgschaft selbst, auf alle und jede Rückstände bezogen werden konnte, sondern gleichfalls auf die Cautionssumme beschränkt werden mußte, indem sonst die im ältern Factoreycontracte festgesetzte Cautionssumme in dem neuern ganz weggefallen seyn würde, da doch gezeigtermaßen der ältere Contract beybehalten worden war, und ein so wesentlicher Punct, als die Cautionssumme war, in dem neuern Contracte auf Antrag der Administration ausdrücklich hätte aufgehoben werden müssen, wenn die neuere mehr, als eine bloße Wiederholung des ältern hätte seyn sollen, wovon aber die Administration damals nicht das geringste in Anregung gebracht hatte. Unter diesen Umständen hatte 12) die Administration es sich selbst beyzumessen, wenn sie ihre Befriedigung nicht über die Cautionssumme hinaus von der Con-

curs-

cursmasse und der Wittwe N. als einer Mitinteressentin erlangen konnte, weil sie nicht in Gemäßheit des Factoreycontracts nach dem Ablaufe eines jeden Quartals auf die Ablieferung der eingekommenen Gelder gedrungen, und dem Factor einen höheren Credit, als verabredet war, gegeben hatte. Aus allem, was bisher ausgeführt worden, ergab sich also 13) hinreichend, daß, da die Administration nicht in Abrede stellen konnte, daß sie aus dem Concurse des Factors J. L. N. bis auf die Cautionssumme vollkommen befriedigt werde, selbige wegen der übrigen Rückstände zwar sich an die Wittwe N. als Mitinteressentin der Factorey zu halten befugt sey, aber an dem subsidiarisch verpfändeten väterlichen Vermögen der Beklagten so wenig, als aus der bloßen Bürgschaft der Wittwe einen weitern Anspruch habe. Mithin konnten die Beklagten nicht zur Bezahlung dessen, was sie aus dem Concurse nicht erhalten würden, schuldig erkannt, und deshalb die in dem Prioritätsurthel zugesprochene väterliche Erbschaft nicht in gerichtlicher Verwahrung behalten werden. — Es ward demnach erkannt, "daß das Suchen der Administration nicht Statt finde."

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Günther, Christian August,

Rechtliche Bemerkungen, durch vorgekommene Fälle veranlaßt

Helmstadt 1802

Decis. 53

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396913-1